

WOLFGANG WEISS

**Der Rechtscharakter
der bergrechtlichen Grundabtretung**

*Münster
1962*

Der Rechtscharakter der bergrechtlichen Grundabtretung

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
WOLFGANG WEISS
aus Hagen/Westf.

1962



1. Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. Boldt
 2. Berichterstatter: Prof. Dr. Westermann
- Dekan: Prof. Dr. Dr. Lukes
- Tag der mündlichen Prüfung: 21. Juli 1962

Vorwort

Im Bergrechtlichen Seminar des Instituts für Berg- und Montanunionsrecht der Universität Münster wurde die Frage, ob die bergrechtliche Grundabtretung eine Eigentumsbindung oder eine Enteignung ist, lebhaft diskutiert, ohne daß die von mir in einem früheren Referat und jetzt in meiner Dissertation vertretene Ansicht allgemeine Zustimmung fand. Den Diskussionen, die schließlich dazu führten, daß ich noch andere Probleme der Grundabtretung in diese Dissertation aufnahm, habe ich viele Anregungen zu verdanken. Insbesondere nahm Herr Professor Dr. Dr. Boldt, dessen Seminar ich einige Jahre angehören durfte, großen Anteil an meiner Arbeit und stand mir ständig mit seinem Rat zur Seite. Auch an dieser Stelle möchte ich Herrn Professor Dr. Dr. Boldt für seine wohlwollende Unterstützung danken. Beide Direktoren des Instituts für Berg- und Montanunionsrecht, Herr Professor Dr. Westermann und Herr Professor Dr. Dr. Boldt, die auch als Referenten der Fakultät die Annahme dieser Dissertation befürworteten, legen jedoch Wert auf die Feststellung, daß die von mir vertretenen Ansichten und der Entwurf des Grundabtretungsrechts eines neuen Berggesetzes nicht die einhellige Meinung des Instituts sind.

Herdecke, im August 1962

Wolfgang Weiß

Inhaltsübersicht

§ 1 Einleitung	1
Erster Abschnitt: Überblick über die geschichtliche Entwicklung der Grundabtretung und der Enteignung	3
§ 2 Das Altertum und das Mittelalter	3
§ 3 Die Neuzeit	10
Zweiter Abschnitt: Die Grundzüge des materiellen Grund- abtretungsrechts	16
§ 4 Die Arten der Grundabtretung	16
§ 5 Die Voraussetzungen der Grundabtretung	18
§ 6 Die Beteiligten	21
§ 7 Die Grundabtretung beim Grundeigentümerbergbau	22
§ 8 Die Grundabtretung zu Schürfzwecken	23
Dritter Abschnitt: Das ältere Schrifttum über das Verhältnis der erzwungenen Grundabtretung zur Eigentums- bindung und Enteignung	24
§ 9 Die herrschende Meinung, die Eigentumsbindung annimmt	24
§ 10 Die Meinung, nach der Enteignung vorliegt	28
§ 11 Der Einfluß des Gesetzes über ein vereinfachtes Enteignungs- verfahren	30
Vierter Abschnitt: Die erzwungene Grundabtretung unter dem Einfluß des Bonner Grundgesetzes	32
§ 12 Allgemeines zur Abgrenzung von Eigentumsbindung und Enteignung	32
§ 13 Die Einzeleingriffstheorie	35
I. Die Einzeleingriffstheorie im allgemeinen	35
II. Die Kritik an der Einzeleingriffstheorie und ihre Würdigung	40
III. Die Anwendung der Einzelgriffstheorie auf die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung	44
1. Der zu vergleichende Kreis von Rechtsträgern	45

2. Der Ansatzpunkt der Einzeleingriffstheorie und die Auseinandersetzung mit der Ansicht von Schulte	47
3. Die Abgrenzungsgesichtspunkte der Einzeleingriffstheorie, angewandt auf die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung	50
§ 14 Die übrigen Abgrenzungstheorien	55
I. Die Zumutbarkeitstheorie	55
II. Die Aufopferungstheorie	57
III. Die Substanzminderungstheorie	57
IV. Die Schutzwürdigkeitstheorie	59
V. Das Prinzip der Privatnützigkeit	59
§ 15 Der Rechtscharakter der erzwungenen Grundabtretung zu Eigentum und der zu Schürfzwecken	60
I. Die erzwungene Grundabtretung zu Eigentum auf Verlangen des Grundeigentümers	60
II. Die erzwungene Grundabtretung zu Eigentum auf Verlangen des Bergbautreibenden	61
III. Die erzwungene Grundabtretung zu Schürfzwecken	61
§ 16 Die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Art. 14 GG und ihr Vorliegen bei der erzwungenen Grundabtretung	62
I. Die Legalitäts-Klausel	62
II. Die Gemeinwohl-Klausel	63
III. Die Entschädigungs-Klausel	68
IV. Die Rechtsweg-Klausel	70
§ 17 Ergebnis und Bedeutung der bisherigen Untersuchungen	70
Fünfter Abschnitt: Der Grundabtretungsakt und seine Wirkung bei der erzwungenen Grundabtretung	72
§ 18 Die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung	72
I. Der Entstehungsakt	72
II. Das Wesen des entstandenen Benutzungsrechts	77
III. Die Behandlung im Rechtsverkehr	81
§ 19 Die erzwungene Grundabtretung zu Eigentum	86
I. Der Entstehungsakt	86
II. Das Wesen des entstandenen Rechts	87
III. Die Behandlung im Rechtsverkehr	89

Sechster Abschnitt: Die Grundabtretung durch gütliche Einigung	92
§ 20 Die vereinbarte Grundabtretung zur Benutzung	92
§ 21 Die vereinbarte Grundabtretung zu Eigentum	100
Siebenter Abschnitt: Die gegenwärtige Entwicklung	103
§ 22 Die Grundabtretung im Isay'schen Entwurf	103
§ 23 Ausblick und Entwurf des Grundabtretungsrechts eines neuen Berggesetzes	107

Literaturverzeichnis

Lehrbücher und Einzelschriften

- Achenbach, H., Das gemeine deutsche Bergrecht, Bonn 1871
Arndt, Ad., Zur Geschichte und Theorie des Bergregals und der
Bergbaufreiheit, 2. Aufl., Freiburg i.Br. 1916
(zit.: Geschichte)
- Ballestrem, Nikolaus Graf von, Das materielle bergbauliche Grundabtretungs-
recht Preußens in seinen Grundzügen, Diss. Göttin-
gen 1925
- Böckenförde, Werner, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe
des Richters, Berlin 1957
- Boehmer, Gustav, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung
Erstes Buch: Das bürgerliche Recht als Teilgebiet
der Gesamtrechtsordnung,
Tübingen 1950 (zit.: Grundle.)
- Boehmer, Gustav, Einführung in das Bürgerliche Recht, Tübingen 1954
(zit.: Einf.)
- Boldt, Gerhard, Das Recht des Bergmanns, 3. Aufl., Tübingen 1960
(zit.: R.d.Bergm.)
- Boldt, Gerhard, Staat und Bergbau, München und Berlin 1950
(zit.: St.u.Brgb.)
- Bürckner, Hermann, Der privatrechtsgestaltende Staatsakt, Leipzig 1930
- Conrad, Hermann, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. I, Karlsruhe 1954
- Dernburg, Heinrich, Das Bürgerliche Recht, Bd. I, 2. Aufl., Halle a.S.
1902 (zit.: ohne Zusatz)
- Dernburg, Heinrich, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, Bd. I,
2. Aufl., Halle a.S. 1879 (zit.: Priv.R.)
- Enneccerus, Ludwig und Nipperdey, Hans Carl, Allgemeiner Teil des
Bürgerlichen Rechts, Erster Halbband, Tübingen 1959
- Ermisch, Hubert, Das sächsische Bergrecht des Mittelalters, Leipzig
1887
- Fehr, Hans, Deutsche Rechtsgeschichte, 5. Aufl., Berlin 1952
- Forsthoff, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I,
3. Aufl., München und Berlin 1958
(zit.: 3. Aufl.);
7. Aufl., München und Berlin 1958
(zit.: ohne Zusatz)

- Giese, Friedrich, Enteignung und Entschädigung früher und heute, Tübingen 1950
- Grünhut, C.S., Das Enteignungsrecht, Wien 1873
- Haas, Diether, System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflicht, Karlsruhe 1955
- Horn, Joachim, Die Abgrenzung von Enteignung und Eigentumsbindung, Diss. Hamburg 1955
- Huber, Ernst Rudolf, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, 2. Aufl., Tübingen 1953 (zit.: Bd. I), Bd. II, 2. Aufl., Tübingen 1954 (zit.: ohne Zusatz)
- Hübner, Rudolf, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, 4. Aufl., Leipzig, Erlangen 1922
- Imboden, Max, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Basel 1958
- Isay, Rudolf, Der Geist des heutigen deutschen Bergrechts, München und Berlin 1953 (zit.: Geist)
- Jellinek, Walter, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Offenburg 1931 -Unveränderter Neudruck 1948- (zit.: Verw. R.)
- Kaser, Max, Das Römische Privatrecht, München 1955
- Kleffner, Reinhard, Entschädigungsansprüche des Bauberechtigten gegen den Bergwerksunternehmer unter besonderer Berücksichtigung des Ruhrkohlenbezirks, Diss. Münster 1960
- Kramberg, Paul, Der Eigentumsübergang bei der bergrechtlichen Enteignung, Diss. Leipzig. 1908
- Kremer, Norbert, Der Einfluß des grundgesetzlichen Eigentumsschutzes auf das Allgemeine Berggesetz, Diss. Köln 1958
- Lehmann, Heinrich, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 12. Aufl., Berlin 1960
- Maunz, Theodor, Deutsches Staatsrecht, 10. Aufl., München und Berlin 1961
- Meisner, Christian und Stern, Heinrich, Nachbarrecht, 3. Aufl. bearbeitet von Fritz Hodes, Berlin 1956 (zit.: Meisner-Stern-Hodes)
- Müller-Erbach, Rudolf, Das Bergrecht Preußens und des weiteren Deutschlands, Stuttgart 1917
- Reinhardt, Rudolf und Scheuner, Ulrich, Verfassungsschutz des Eigentums, Tübingen 1954
- Salzwedel, Jürgen, Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlichrechtlichen Vertrages, Berlin 1958
- Saumweber, Helmut, Artikel 14 Bonner Grundgesetz im Lichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Diss. Mainz 1953

- Schönbauer, Ernst, Beiträge zur Geschichte des Bergbaurechts, München 1929
- Spieker, Helmut, Die bergrechtliche Grundabtretung nach dem Allgemeinen Berggesetz für die preußischen Staaten vom 24. Juni 1865, Diss. Erlangen 1929
- Stödter, Rolf, Öffentlich-rechtliche Entschädigung, Hamburg 1933 (zit.: ohne Zusatz)
- Turegg, Kurt Egon von, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Berlin 1956
- Uellner, Wilhelm, Die Zulässigkeit der allgemeinen Enteignung neben der bergrechtlichen Grundabtretung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsverhältnisse im ehemals kursächsischen Mandatsgebiet und der Enteignungsbeschleunigungsgesetzgebung, Diss. Marburg 1927
- Voelkel, Carl, Grundzüge des preußischen Bergrechts, 2. Aufl., Berlin und Leipzig 1924 (zit.: Grundzüge)
- Westermann, Harry, Lehrbuch des Sachenrechts, 4. Aufl., Karlsruhe 1960
- Westhoff, Wilhelm, Bergbau und Grundbesitz nach preußischem Recht, Bd. II, Berlin 1906 (zit.: ohne Zusatz)
- Willecke, Raimund, Grundriß des Bergrechts, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1958
- Willeke, Erwin, Das beschleunigte bergrechtliche Grundabtretungsverfahren nach den §§ 135 ff. des Preußischen Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 und § 7 des Gesetzes über ein vereinfachtes Enteignungsverfahren vom 26. Juli 1922, Diss. Greifswald 1930
- Wolff, Hans J., Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., München und Berlin 1959
- Wolff, Martin und Raiser, Ludwig, Sachenrecht, 10. Bearbeitung, Tübingen 1957
- Zycha, Adolf, Das Recht des ältesten deutschen Bergbaues bis ins 13. Jahrhundert, Berlin 1899 (zit.: R. d. ä. dt. Brgbs.)

Kommentare und Gesetzessammlungen

- Anschütz, Gerhard, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 13. Aufl., Berlin 1930
- Arndt, Adolf, Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten, 9. Aufl., Freiburg 1924 (zit.: ohne Zusatz)
- Becker, Hermann Josef, Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter vom 16. Juni 1953, Berlin und Frankfurt 1955
- Boldt, Gerhard, Das Allgemeine Berggesetz vom 24. Juni 1865 und die bergrechtlichen Nebengesetze, 1. - 3. Aufl., Münster 1948 (zit.: ohne Zusatz)
- Brassert, Hermann, Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten mit Kommentar, 2. Aufl. bearbeitet von Hans Gottschalk, Bonn 1914 (zit.: Brassert-Gottschalk)
- Dittus, Wilh. und Zinkahn, Willy, Kommentar zum Baulandbeschaffungsgesetz, München und Berlin 1954
- Erman, Walter, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., Münster 1958
- Güthe, Grundbuchordnung, Bd. II, 6. Aufl. bearbeitet von Franz Triebel, Berlin 1937 (zit.: Güthe-Triebel)
- Hahn, C., Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten vom 24. Juni 1865, Berlin 1865
- Hamann, Andreas, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 2. Aufl., Berlin-Neuwied 1960
- Hartung, Fritz, Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart, 2. Aufl., Göttingen-Frankfurt-Berlin 1954
- Isay, Hermann und Isay, Rudolf, Allgemeines Berggesetz für die preußischen Staaten, Bd. I, 2. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1933 (zit.: Isay I, 2); Bd. II, 1. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1920 (zit.: Isay II)
- Isay, Rudolf, Entwurf eines Bundesberggesetzes, München und Berlin 1954 (zit.: Entwurf)
- Klinger, Hans, Verwaltungsgerichtsordnung, Göttingen 1960
- Klostermann, R., Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten nebst Kommentar, 6. Aufl. (auf der Grundlage der von Max Fürst herausgegebenen 5. Aufl.) bearbeitet von Hans Thielmann, Berlin 1911 (zit.: Klostermann-Thielmann)

- Mangoldt, Hermann von, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl.,
bearbeitet von Friedrich Klein, Berlin und Frank-
furt a. M. 1957 (zit.: v. Mangoldt-Klein)
- Palandt, (Otto), Bürgerliches Gesetzbuch, 20. Aufl., München
und Berlin 1961
- Planck, G., Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz,
Bd. VI, 3. Aufl., Berlin 1905
- Predari, C., Die Grundbuchordnung vom 24. März 1897,
Berlin 1907
- Reuss-Grotefend-Dapprich, Das Allgemeine Berggesetz, 11. Aufl.,
bearbeitet von Gerhard Dapprich und Bodo von
Schlüter, Köln, Berlin 1959
- RGR-Komm, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar heraus-
gegeben von Reichsgerichtsräten und Bundes-
richtern, Bd. III, 1. Teil, 11. Aufl., Berlin 1959
- Schlüter, Wilhelm und Hense, Fritz, Allgemeines Berggesetz für die
Preußischen Staaten vom 24. Juni 1865, 3. Aufl.,
Berlin 1913
- Sellmann, Martin, Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter,
Köln, Berlin 1954
- Staudinger, J. v., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Bd. III (Sachenrecht), 11. Aufl., Berlin 1956;
Bd. VI, 1. Teil (EG), 10. Aufl., Berlin u.
München 1939
- Turnau, W. und Förster, K., Das Liegenschaftsrecht, Bd. II (Die Grund-
buchordnung), 2. Aufl., Paderborn 1903
- Wagner, Thomas, Corpus juris metallici recentissimi et antiquioris,
Leipzig 1791
- Zigan, Herbert, Kommentar zum Schwerbeschädigtengesetz,
Heidelberg 1953
- Zycha, Adolf, Das böhmische Bergrecht des Mittelalters auf Grund-
lage des Bergrechts von Iglau, Bd. II, Berlin 1900
(zit.: Böhm.Brgr.)

Abhandlungen

- Arndt, Adolf, Bemerkungen zu den Beziehungen zwischen Bergbau und Grundbesitz, namentlich bei bergpolizeilichen Eingriffen in Bergwerkseigentum im Interesse der Oberfläche, in: ZfB 55, 490 ff.
- Brockhoff, Gustav, Der Entwurf eines Bundesberggesetzes von Prof. Dr. Rudolf Isay, in: ZfB 96, 221 ff.
- Doemming, Klaus-Berto von, Füßlein, Rudolf Werner und Matz, Werner, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, in: JÖR NF Bd. I (1951)
- Dürig, Günter, Zurück zum klassischen Enteignungsbegriff, in: JZ 1954, 4 ff.
- Forsthoff, Ernst, Anmerkungen zum Beschluß des Großen Senats des BGH vom 9./10. Juni 1952, in: JZ 1952, 627 f.
- Gieseke, Paul, Der Rechtscharakter der Verpflichtung zum Ersatz von Bergschäden, in: Festschrift für Rudolf Isay zu seinem siebzigsten Geburtstag, herausgegeben von Eduard Reimer, Köln-Berlin 1956 (zit.: ohne Zusatz)
- Gottschalk, (Hans), Grundlagen der Enteignung nach dem Allgemeinen Berggesetz, in: Glückauf 1912, 519 ff., 561 ff., 750 ff., 1324 ff.; 1913, 778 ff.
- Häberlin, C.F.W.I., Die Lehre von der Zwangsenteignung oder Expropriation historisch-dogmatisch erörtert, in: ArchZivPr 39, 1 ff.
- Hamann, Andreas, Enteignung von Grundstücken zu Gunsten größerer industrieller Vorhaben, in: BB 1957, 1258 f.
- Ipsen, Hans Peter, Enteignung und Sozialisierung, in: VDStRL 10 (1952), 74 ff.
- Ipsen, Hans Peter, Gleichheit, in: Die Grundrechte, herausgegeben von Neumann-Nipperdey-Scheuner, Bd. II, Berlin 1954, S. 111 ff. (zit.: Die Grundrechte)
- Jellinek, Walter, Eigentumsbegrenzung und Enteignung, Gutachten zum 36. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentages, Bd. I, S. 292 ff. (zit.: Gutachten)
- Klostermann, R., Die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Bergbautreibenden und dem Grundbesitzer, in: Gruchot 21 (1877), 245 ff.

- Krautschneider, (Erich), Rechtsänderungen im Grundabtretungsverfahren, in: Glückauf 1957, 1485
- Kremer, Norbert, Artikel 14 des Bonner Grundgesetzes und das Allgemeine Berggesetz, in: ZfB 99, 409 ff.
- Krüger, Herbert, Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, in: DVBl 1950, 625 ff.
- Mayer, Otto, Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage, in: AöR 3 (1888), 3 ff.
- Oellrich, Kurt, Die Koordinierung des Bergrechts in der Bundesrepublik, in: ZfB 100, 248 ff.
- Platte, Kurd, Pächter und Grundabtretung nach preußischem Recht, in: ZfB 72, 447 ff.
- Schack, F., Generelle Eigentumsentziehungen als Enteignungen, in: NJW 1954, 577 ff.
- Schelcher, W., Gesetzliche Eigentumsbeschränkungen und Enteignung, in: AöR 57 (1930), 321 ff.
- Scheuner, Ulrich, Die Abgrenzung der Enteignung, in: DÖV 1954, 587 ff.
- Schulte, Hans-Wilhelm, Über das Verhältnis von Bergbau und Grundbesitz nach dem Gesetzesvorschlag von Rudolf Isay, in: Festschrift für Rudolf Isay zu seinem siebenzigsten Geburtstag, herausgegeben von Eduard Reimer, Köln-Berlin 1956 (zit.: ohne Zusatz)
- Steinbeck, A., Ergänzungen und Erläuterungen der Preußischen Rechtsbücher durch Gesetzgebung und Wissenschaft, herausgegeben von H. Gräff, C.F. Koch, L. v.Rönne, H. Simon und A. Wentzel, Fünfter Teil, Erste Abteilung, Breslau 1838
- Stern, Klaus, Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlichrechtlichen Vertrages, in: VwArch 49 (1958), 106 ff.
- Stödter, Rolf, Über den Enteignungsbegriff, Bemerkungen zum Enteignungsbeschluß des Bundesgerichtshofes, in: DÖV 1953, 97 ff. und 136 ff.
- Voelkel, (Carl), Die bergrechtliche Zwangsgrundabtretung, in: ZfB 51, 45 ff. und 391 ff.
- Voelkel, (Carl), Die beiden Erztafeln von Vipasca und das deutsche Bergrecht, in: ZfB 55, 182 ff.
- Weber, Werner, Eigentum und Enteignung, in: Die Grundrechte, herausgegeben von Neumann-Nipperdey-Scheuner, Bd. II, Berlin 1954, S. 331 ff. (zit.: ohne Zusatz)

- Westhoff, (Wilhelm), Grundlegende Fragen des bergbaulichen Enteignungsrechts, in: ZfB 46, 43 ff. und 223 ff.
- Wieacker, Franz, Besprechung des Buches von F. M. de Robertis, *La espropriazione per pubblica utilità nel Diritto Romano*, Bari 1936, in: SZ 57 (1937), 471 ff.
- Wolff, Hans J., Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, in: AöR 76 (1950), 205 ff.

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
ABG	Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten vom 24. Juni 1865
AGBGB	Preußisches Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 20. September 1899 (GS S. 177 ff.)
AGZPOKO	Bayrisches Ausführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung und Konkursordnung vom 23. Februar 1879 in der Fassung vom 9. Mai 1918 (GVBl S. 289)
AGZVG	Preußisches Ausführungsgesetz zum Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 23. September 1899 (GS S. 291 ff.)
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten vom 5. Februar 1794
Anm.	Anmerkung
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
AppG	Appellationsgericht
ArchZivPr	Archiv für die zivilistische Praxis
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BaulBeschG	Baulandbeschaffungsgesetz vom 3. August 1953
BB	Der Betriebs-Berater
BBauG	Bundesbaugesetz vom 23. Juni 1960
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BO	Bergordnung
BVfG	Bundesverfassungsgericht
BVfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes
C.	Codex Justinianus (Corpus juris civilis)
D.	Digesta (Corpus juris civilis)
Daub.	Bergrechtliche Entscheidungen des Reichsgerichts, herausgegeben von H. Daubenspeck, Bd. I, 1879 - 1892, Berlin 1893 , Bd. II, 1892 - 1898, Berlin 1898
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 18. August 1896

EntG	(Preußisches) Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. Juni 1874 (GS S. 221 ff.)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
Glückauf	Berg- und Hüttenmännische Zeitschrift "Glückauf"
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot
GS	Preußische Gesetzsammlung
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
I.	Institutiones (Corpus juris civilis)
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht (amtliche Sammlung)
LVG	Landesverwaltungsgericht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NW	Nordrhein-Westfalen
OT	Obertribunal
OVG	Oberverwaltungsgericht
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht (amtliche Sammlung)
RekB	Rekursbescheid
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RStGH	Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich
SchwerbeschG	Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter vom 18. Juni 1953
StGH	Staatsgerichtshof
SZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung
VDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung
VGH	Verfassungsgerichtshof
VO	Verordnung
VwArch	Verwaltungsarchiv
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960
WHG	Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts vom 27. Juli 1957 (Wasserhaushaltsgesetz)
WohnBewG	Wohnraumbewirtschaftungsgesetz vom 31. März 1953

WRV Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919
 (Weimarer Reichsverfassung)
ZfB Zeitschrift für Bergrecht

§ 1. Einleitung

Die bergrechtliche Grundabtretung ist eine Folge des im deutschen Bergrecht herrschenden Grundsatzes der Bergbaufreiheit. Der Finder hat, soweit es sich um bergbaufreie Mineralien handelt, nach diesem Grundsatz einen Anspruch gegen den Staat auf Verleihung des Bergwerkseigentums, und der Bergbautreibende hat das Recht, auch gegen den Willen des Grundbesitzers Bergbau zu betreiben. Der Bergbau ist also gegenüber dem Grundbesitz verselbständigt, er leitet sein Recht aus dem Bergwerkseigentum ab, das ebenso wie das Grundeigentum ein absolutes dingliches Recht ist. Der Bergbau benötigt als ortsgebundene Industrie für seine Übertageanlagen bestimmte Grundstücke, die ihm oft nicht freiwillig überlassen werden. Auf diese Weise entsteht eine Interessenkollision zwischen Bergbau und Grundbesitz, die im deutschen Bergrecht insoweit zugunsten des Bergbautreibenden mit dem Recht auf Grundabtretung gelöst wird. Diese Bevorzugung ist dadurch gerechtfertigt, daß der Bergbau durch die Inanspruchnahme der Oberfläche meist erheblich größere Werte erwirtschaftet als der Grundbesitzer bei üblicher Nutzung der Oberfläche.

Der Rechtscharakter dieser bergrechtlichen Grundabtretung ¹⁾ ist seit Erlass des ABG immer streitig gewesen. Zuerst ist die Frage aufgetaucht, ob die Grundabtretung wie auch die Enteignung der Stempelsteuer unterliege. ²⁾ Nach der Einführung des BGB ist untersucht worden, welches Recht das ABG ergänzt, ob es wie bisher das ALR ist, das neue BGB oder das vor dem BGB erlassene EntG. ³⁾ In diesem Zusammenhang ist geprüft worden, ob die Grundabtretung eine Eigentumsbindung oder eine Enteignung ist.

Größere wissenschaftliche Abhandlungen auf diesem Gebiet liegen fast alle 30 - 50 Jahre zurück. Seitdem hat das gesamte öffentliche Recht eine rasche Entwicklung erfahren, die gerade auf dem Gebiet der Eigentumsbindung und Enteignung zu einer teilweise völlig neuen Auffassung geführt hat.

Die vorliegende Arbeit soll sich hauptsächlich mit dem gegenwärtigen Verhältnis der Grundabtretung zu Art. 14 GG befassen. Das Verhältnis zur Verfassung, nicht so sehr das zum Enteignungsgesetz, soll im Vordergrund stehen.

1) im folgenden kurz Grundabtretung genannt

2) Vgl. PrOVG 37, 133 ff. und KG in: ZfB 46, 113 ff.

3) Vgl. Westhoff S. 15 ff. und Voelkel in: ZfB 51, 48 ff.

Eigentumsbindung und Enteignung sind heute sehr moderne Probleme. Teilweise ist der Enteignungsbegriff auch in der juristischen Fachwelt zu einem polemischen Schlagwort geworden, so daß in der Literatur bereits ein vulgärer Enteignungsbegriff vom Enteignungsbegriff im Rechtssinne unterschieden wird. ⁴⁾ Diese höchst unerfreuliche Entwicklung darf aber nicht dazu führen, daß Probleme des Art. 14 GG **unbehandelt bleiben**. Vielmehr begegnet man dem vulgären Enteignungsbegriff am besten damit, daß man den Enteignungsbegriff im Rechtssinne so weit wie möglich klärt und sein Verhältnis zu allen Rechtseinrichtungen untersucht, die eine Enteignung sein könnten. Einer solchen Klärung soll auch die vorliegende Arbeit dienen.

Daneben sollen noch einige Probleme untersucht werden, die zwar nicht von dem Rechtscharakter der Grundabtretung abhängen, aber üblicherweise mit ihm zusammen behandelt werden; es sind dies der Grundabtretungsakt und die Wirkung der Grundabtretung, also die Fragen, durch welchen Akt die Grundabtretung entsteht, was für ein rechtliches Verhältnis sie schafft, ob sie schuldrechtlich oder dinglich wirkt, und welchen Einfluß eine Rechtsnachfolge auf sie hat.

Außerdem gewinnen die einzelnen Fragen im Hinblick auf eine vorgesehene Neuregelung des Bergrechts auf Bundesebene besonderes Interesse. Daher soll auch das Grundabtretungsrecht des Isay'schen Entwurfs behandelt und das Grundabtretungsrecht eines neuen Berggesetzes erarbeitet werden.

4) Vgl. Weber S. 347

Erster Abschnitt

Überblick über die geschichtliche Entwicklung der Grundabtretung und der Enteignung

Geschichtliche Betrachtungen dienen dem Verständnis unseres heutigen Rechtszustandes; sie zeigen den Ursprung, den Wandel und das Vergehen von Rechtseinrichtungen. Ihre eigentlichen Aufgaben liegen im Bereich der Rechtswissenschaft nicht so sehr darin, Gegenwartsprobleme zu lösen. Gemeinsame geschichtliche Wurzeln von Rechtseinrichtungen beweisen nicht ihre Gemeinsamkeit in der Gegenwart; diese kann durch eine Änderung der Rechtsanschauung (eine Andersbewertung der Interessen) oder einen Akt des Gesetzgebers verlorengehen. Daher soll auch dieser geschichtliche Überblick im wesentlichen auf eine Aufzeichnung der Rechtsentwicklung beschränkt werden; er soll das gegenwärtige Verhältnis zwischen Grundabtretung und Enteignung nur am Rande erwähnen. Beide Rechtsinstitute werden in den einzelnen Zeitabschnitten nebeneinander behandelt; dabei wird die Grundabtretung immer im Vordergrund stehen, da ja gerade sie in früherer Zeit weitaus bedeutender war als die Enteignung.

§ 2. Das Altertum und das Mittelalter

Das Rechtsinstitut der Grundabtretung kann in einem Rechtssystem nur dann entstehen und sich weiterentwickeln, wenn der Bergbau rechtlich vom Grundeigentum losgelöst ist. Das bergbauliche Gewinnungsrecht muß also gegenüber dem Grundeigentum verselbständigt sein. Das Augenmerk ist daher zunächst auf den Charakter des bergbaulichen Gewinnungsrechts zu richten.

Der römische Bergbau entwickelte sich vor allem in den römischen Provinzen Spanien und Mazedonien, dort wurde Bergbau betrieben, während in Rom (Italien) der Bergbau keine Rolle spielte. Das römisch-provinziale Bergrecht wurde uns durch die Erztafeln von Vipasca (die erste Tafel wurde 1876, die zweite 1909 bei dem Dorfe Aljustrel in Portugal gefunden) übermittelt. Die erste Tafel stammt wahrscheinlich aus dem ersten Jahrhundert nach Christus. Die zweite Tafel ist in der Regierungszeit des Kaisers Hadrian (117 - 138 n. Chr.) entstanden. Die Rechtssätze dieser Tafeln geben wahrscheinlich älteres Recht wieder und sind keine Neuschöpfungen. ¹⁾ Nach

1) Vgl. Schönbauer S. 64 ff. und S. 116 ff.

diesen Erztafeln (insbesondere der zweiten) bestand keine rechtliche Trennung zwischen dem bergbaulichen Gewinnungsrecht und dem Grundeigentum. (Ober-) Eigentümer aller Grundstücke war der Fiskus (Kaiser). Dieser spaltete ein selbständiges bergbauliches Nutzungsrecht ab und überließ es den Bergleuten als zeitlich begrenztes Recht oder als Dauerrecht. Als Grundeigentümer erließ der Fiskus einseitige Domänenstatuten, die verschiedene Beschränkungen enthielten, an die die Bergleute gebunden waren. ^{2) 3)} Das bergbauliche Gewinnungsrecht war also rechtlich nicht vom Grundeigentum getrennt, die Bergleute leiteten ihr Gewinnungsrecht vielmehr vom Grundeigentümer (dem Fiskus) ab. Im übrigen wurde in Bergbaugebieten die Bodenoberfläche in der Regel nicht agrarwirtschaftlich genutzt, ⁴⁾ so daß schon aus diesem Grunde eine Kollision zwischen dem Bergbautreibenden und dem Grundeigentümer nicht entstehen konnte.

Eine Enteignung gab es im vorklassischen und klassischen römischen Recht noch nicht, die Achtung vor der Individualsphäre war in dieser Zeit zu groß. ⁵⁾ Dagegen gab es im römischen Recht der späten Kaiserzeit eine Enteignung, die mit unserer heutigen vergleichbar ist. Es bestand zwar die allgemeine Regel, daß keiner zur Veräußerung seines Eigentums gezwungen werden konnte. ⁶⁾ Eine baupolizeiliche Verordnung aus dem Jahre 393 n. Chr. machte aber eine Ausnahme, es war darin vorgesehen, daß Häuser im Werte bis zu 50 Pfund Silber gegen Entschädigung für vom Kaiser genehmigte Neubauten niedergerissen werden konnten; bei Häusern von höherem Wert bedurfte es der besonderen Genehmigung des Kaisers. ^{7) 8)} Außerdem gab

2) Die *lex metallis dicta*, auf die die erste Tafel verweist, ist solch eine Domänenordnung (siehe Schönbauer S. 114 f.). Auch die beiden Tafeln sind Teile einer Domänenordnung; möglicherweise enthalten sie aber teilweise auch bloße Durchführungsverordnungen der kaiserlichen Beamten (siehe Schönbauer S. 65 f.).

3) Vgl. Schönbauer S. 32 ff., bes. S. 121, 129 f. und auch Voelkel in: ZfB 55, 185 ff. und 221 ff.

4) Vgl. Schönbauer S. 47

5) Vgl. Wieacker SZ 57 (1937), 471 ff. und Kaser § 98 S. 343

6) Siehe C. 2, 20, 12; C. 4, 38, 11-14; C. 4, 44, 1

7) Siehe C. 8, 12, 9

8) Die Freilassung eines Sklaven bei grober Mißhandlung (I. 1, 8, 2 und D. 1, 6, 2) und das Niederreißen von Bauten, die auf öffentlichen Plätzen errichtet waren oder an öffentliche Gebäude angebaut waren (C. 8, 12, 6; 14; 17), beruhen auf rechtswidrigem Verhalten und sind mit der heutigen Enteignung nicht zu vergleichen.

es ein Notwegrecht, wenn ein Grabmal keinen Zugang hatte; in solchen Fällen räumte der Richter eine Wegegerechtigkeit ein. 9) 10)

In der fränkischen Zeit gab es, soweit uns bekannt ist, keine Aufzeichnungen von Rechtsregeln für den Bergbau. Aufschluß über die damaligen Verhältnisse geben uns Schenkungs- und Teilungsurkunden und sonstige Aufzeichnungen. 11) Aus diesen Urkunden läßt sich entnehmen, daß in der fränkischen Zeit das bergbauliche Gewinnungsrecht nicht vom Grundeigentum getrennt war. Vor allem betrieben die Herrscher und die großen Grundherren Bergbau und zwar nach dem Domanialsystem. Die von den Domänen geleisteten Abgaben an den Herrscher waren keine Steuern, sondern Leistungen, die mit Lizenzgebühren zu vergleichen sind. 12) Neben diesem grundherrlichen Bergbau mag es unbedeutende Betriebe gegeben haben, die eigenmächtig Mineralien förderten, ohne daß der Grundherr sie daran hinderte. 13) Ein Recht auf Grundabtretung konnte sich also ebenso wie in römischer Zeit auch im frühen Mittelalter nicht entwickeln.

Irgendwelche Anhaltspunkte, die ein Enteignungsrecht erkennen lassen, fehlen in fränkischer Zeit völlig.

Als nach dem Verfall des fränkischen Reiches sich die Königsherrschaft wieder festigte und im 11. Jahrhundert der Bergbau, insbesondere der Silberbergbau, stark aufblühte, machte sich eine neue Entwicklung bemerkbar. Die Herrscher gingen zunächst nur in einzelnen Fällen, dann aber immer häufiger dazu über, das bergbauliche Gewinnungsrecht ausdrücklich zu verleihen bzw. zu erlauben oder bereits erteilte Erlaubnisse zu bestätigen. Beispiele hierfür sind das 1028 von Konrad II. dem Bistum Basel erteilte Privileg, die 1064 von Heinrich IV. dem Pfalzgrafen Friedrich erteilte Erlaubnis, das 1122 von Heinrich V. dem Kloster Siegburg erteilte Privileg, die 1130 dem Kloster Burg erteilte Bestätigung des Gewinnungsrechts und die 1131 von Lothar von Supplinburg dem Kloster Richenberg erteilte Bestätigung des Gewinnungsrechts. Mit solchen Einzelmaßnahmen begann das Bergregal sich durchzusetzen. 14)

9) Siehe D. 11, 7, 12

10) Vgl. Häberlin in: ArchZivPr 39, 3 ff. und Grünhut S. 30 ff.

11) Näheres siehe Arndt, Geschichte § 24 S. 178 ff.; Schönbauer S. 159 ff. und Müller-Erbach S. 38 ff.

12) Vgl. Schönbauer S. 177 ff.; a. A. Zycha, R.d.ä.dt.Brgbs. S. 11 f. und Müller-Erbach S. 43

13) Vgl. Schönbauer S. 164 und auch Müller-Erbach S. 41 f.

14) Vgl. Schönbauer S. 179 f. und Müller-Erbach S. 43 ff.

Die Hohenstaufen bemühten sich in starkem Maße, wenigstens eine de jure - Anerkennung des Bergregals zu erreichen. Friedrich I. (1152 - 1190) und Heinrich VI. (1190 - 1197) gelang es, gegenüber dem Erzbischof von Trier (durch Urkunde von 1158), dem Bischof von Trient (durch Privileg von 1189), dem Bischof von Minden (durch Urkunde von 1189) und auch gegenüber dem Bischof von Brixen sich als Regalherren durchzusetzen, teilweise, nachdem sie durch Gerichtsverfahren hatten feststellen lassen, daß ohne kaiserliche Verleihung ein Gewinnungsrecht nicht bestehe.¹⁵⁾ In der Ronkalischen Konstitution von 1158, die die königlichen Rechte für Italien neu festlegte, wurden dann auch das Silber- und das Salzregal Friedrich I. zuerkannt. Mit den Libri Feudorum wurde die Konstitution in Deutschland als gemeines Recht rezipiert.

Der baldige Niedergang der kaiserlichen Macht im Reich hatte zur Folge, daß unter anderem das Bergregal auf die Landesherren überging. Dieser Zustand wurde gegenüber den Landesherren in der Goldenen Bulle Karls IV. von 1356 und gegenüber den übrigen Reichsständen im Westfälischen Frieden von 1648 ausdrücklich anerkannt.¹⁶⁾

Mit der Trennung des bergbaulichen Gewinnungsrechts vom Grundeigentum und einer Verdinglichung dieses Rechts¹⁷⁾ wurde die erforderliche Grundlage für ein Grundabtretungsrecht geschaffen. Ein auf dem Bergregal beruhendes Gewinnungsrecht konnte zunächst aber nur auf eigenen Grundstücken oder mit der Einwilligung des Grundeigentümers auf fremden Grundstücken ausgenutzt werden; das Bergregal war nicht so stark, sich gegenüber dem Grundeigentum in der Weise durchzusetzen, daß der Bergbau ohne Mitwirkung des Grundeigentümers betrieben werden konnte. Die Verleihungen enthielten (teilweise ausdrücklich, teilweise als selbstverständliche Voraussetzung) nur das Recht, auf eigenen Grundstücken Bergbau zu betreiben. Der Sachsenspiegel¹⁸⁾ bestimmte (Buch 1 Art. 35 § 2), daß Bergbau auf fremden Grundstücken nach gütlicher Übereinkunft betrieben werden durfte. Das Löwenberger Goldrecht von 1278 enthielt eine ähnliche Bestimmung.¹⁹⁾ Der Markgraf von Meißen, der die Erlaubnis hatte, in der ganzen Mark Bergbau zu betreiben, tauschte 1185 Grundstücke, die er für den Bergbau

15) Vgl. Schönbauer S. 180 ff. und Müller-Erbach S. 45 ff.

16) Vgl. Müller-Erbach S. 47 f.

17) Vgl. Fehr S. 26 f.

18) Anfang des 13. Jahrhunderts, Verfasser: Eike von Repkow

19) Vgl. Klostermann in: Gruchot 21, 250

benötigte, gegen andere, um so das Gewinnungsrecht und das Grundeigentum zu vereinigen. ²⁰⁾

Auf dem Boden des Bergregals entwickelte sich dann die Bergbaufreiheit. Die Regalherren (Landesherren) führten die Bergbaufreiheit mit der steigenden Bedeutung des Bergbaues allmählich ein; sie gaben zunächst gewisse Gebiete für den Bergbau frei; dort konnte jeder gegen bestimmte Abgaben Bergbau betreiben. Die Grundstücke in den freierklärten Gebieten lagen meist in den damals wirtschaftlich wertlosen Bergen und standen außerdem regelmäßig in unmittelbarem Eigentum des Regalherren. Mit der Oberflächennutzung trat deshalb keine Kollision ein. Hin und wieder mag der Bergbau die Oberflächennutzung verdrängt haben. Der Bauer war dann selbst nur Untereigentümer und leitete sein Eigentum vom Regalherren (Obereigentümer) ab, dem er zins- und dienstpflchtig war, so daß er gegenüber dem Verlangen des Regalherren auf Verzicht der Oberflächennutzung machtlos war.

Die Freierklärungen sind aber der erste Schritt zur Entstehung einer Grundabtretung, da nunmehr eine Entwicklung beginnt, die mit der rechtlichen Trennung von Bergbau und Grundbesitz endet. Die erste uns bekannte Freierklärung war die von Bischof Albrecht von Trient im Jahre 1185. Im 12. und 13. Jahrhundert folgten die Freierklärungen von Freiberg (das der Freieung seinen Namen verdankt) und Iglau. ²¹⁾ In Goslar und Süddeutschland wurden einzelne Berge (bzw. Gebiete) erst vom 14. bis 16. Jahrhundert für frei erklärt. ²²⁾

Eine dem Grundabtretungsrecht verwandte Erscheinung ist schon vor der Freierklärung zu beobachten. Im schlesischen Bergrecht war der Grundsatz aufgekommen, daß, wenn der Grundeigentümer Grabungen nach Gold ohne Berechtigung des Regalherrn vorgenommen hatte, als Strafe auf seinem Acker Bergbau betrieben werden konnte. ²³⁾

Als ältesten urkundlichen Beweis für ein Grundabtretungsrecht führt Voelkel ²⁴⁾ das Bergrecht der Stadt Massa in Etrurien an ²⁵⁾, das nach seiner Ansicht

20) Zu diesem Abschnitt siehe Schönbauer S. 184 ff.; Müller-Erzbach S. 75 f. und Zycha, R. d. ä. dt. Brgbs. S. 52 f.

21) Vgl. Ermisch, Einleitung XXV ff. und auch Achenbach S. 74 ff.

22) Zu diesem Abschnitt siehe Schönbauer S. 186 ff. und Müller-Erzbach S. 75 ff.

23) Vgl. Schönbauer S. 187

24) Voelkel in: ZfB 51, 64 f.

25) Es ist Ende des 13. oder Anfang des 14. Jahrhunderts entstanden.

deutschen Ursprungs ist. Nach diesem Recht konnten die Bergleute nicht nur Gemeinland, sondern auch private Grundstücke eigenmächtig für bergbauliche Zwecke in Anspruch nehmen; es war eine Entschädigung zu zahlen, deren Höhe durch obrigkeitliche Entscheidung festgesetzt wurde.²⁶⁾ In Deutschland gab zunächst der Regalherr dem Grundeigentümer ein besonderes Lehen dafür, daß dieser jedem den (Silber-) Bergbau unter den Bedingungen des Regalherren gestattete. Aus diesem Grunde versprachen Markgraf Dietrich der Bedrängte (1190 - 1221) dem Kloster Altzelle bei Freiberg und auch Herzog Boleslaus II. 1258 dem Zisterzienser-Kloster Leubus in Schlesien ein Lehen. Aus solchen Einzelfällen entwickelte sich dann die allgemeine Regel, daß der Grundeigentümer mit einem Lehen zu entschädigen sei.²⁷⁾ Bereits die Kulmer Handfeste von 1233 gewährte dem Grundeigentümer eine allgemeine Entschädigung.²⁸⁾ Im böhmischen und sächsischen Bergrecht des 13. Jahrhunderts gab es neben dem Lehen und bald an dessen Stelle andere Arten der Entschädigung; sie bestanden meist in einem Teil der Ausbeute²⁹⁾ oder einem Mitbaurecht bzw. Anteil an der Grube, den späteren Erbkuxen³⁰⁾.³¹⁾

Ausgeprägter war zunächst das Recht der Bergleute auf Rüstholz und Einräumung einer Zufahrt.³²⁾ Die erste nachweisbare Regelung, die unserer heutigen Grundabtretung nahek kommt,³³⁾ enthielt ein für Weißenstadt (Fichtelgebirge) 1476 vom Kurfürsten von Brandenburg erteiltes Privileg. Danach bestand für alle Grundstücke die Schürffreiheit. Bergbau konnte aber nur betrieben werden, wenn dieser von größerem Nutzen war als die agrarwirtschaftliche Nutzung³⁴⁾.³⁵⁾ ³⁶⁾

26) Vgl. auch Müller-Erzbach S. 303

27) Siehe z. B. das Deutsch-Iglauer Recht § 13 (6) bei Zycha, Böhm. Brgr. S. 26

28) Siehe bei Müller-Erzbach S. 78

29) So: das Deutsch-Iglauer Recht § 26 (1) bei Zycha, Böhm. Brgr. S. 33

30) Siehe die BO für Pfalz-Zweibrücken von 1514, Ziff. IX (bei Wagner Sp. 720)

31) Im einzelnen siehe Müller-Erzbach S. 77 ff. und Schönbauer S. 188 f.

32) So: Salzburgische BO von 1342 (bei Wagner Sp. 412) und die von 1463 (bei Wagner Sp. 416)

33) außer dem bereits erwähnten Bergrecht der Stadt Massa in Etrurien

34) Siehe bei Wagner Sp. 418 f.

35) Ähnlich auch die BO für Pfalz-Zweibrücken von 1514 (bei Wagner Sp. 717 ff.) und die BO des Grafen Heinrich des Älteren von Schwarzburg-Sondershausen von 1533, Art. IV (bei Wagner Sp. 1384)

36) Zu diesem Abschnitt siehe Häberlin in: ArchZivPr 39, 11 ff.; Müller-Erzbach S. 303 ff.; Voelkel in: ZfB 51, 64 ff. und auch Westhoff S. 10 f.

Diese Entwicklung beruhte auf den zunehmenden Freierklärungen von agrarwirtschaftlich genutzten Gebieten. Immer wurde dem Grundbesitzer aber nur eine Entschädigung gewährt, die nach heutigem Recht als Schadenersatz oder Ausgleich anzusehen wäre. In diesen Entschädigungsleistungen liegt der erste Ansatzpunkt zu unserer heutigen Grundabtretung.

Mit der Zeit wandelte sich das eigenmächtige Vorgehen der Bergleute, das ihnen die Bergordnungen gestatteten, in ein geordnetes Verfahren. Die Pfalz-Zweibrücken'sche Bergordnung von 1514 bestimmte, daß die Entschädigung von den Berggeschworenen festzulegen sei.³⁷⁾ Die niederösterreichische Bergordnung von 1517 sah als nachweisbar erste Bergordnung vor, daß der Bergrichter die erforderlichen Grundstücke den Bergleuten zusprach.³⁸⁾ Seit der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts wurde das Grundabtretungsrecht in vielen Bergordnungen besonders geregelt. Meist mußten der Bergrichter, die Berggeschworenen und der Bergmeister mitwirken, teilweise hatte der Grundeigentümer die Wahl zwischen einer Geldentschädigung, vier Erbkuxen und einem Freikux. Bei Wahl der Geldentschädigung erhielt der Grundeigentümer den Boden zurück, wenn der Bergbautreibende ihn nicht mehr benötigte. Die Kuxe machten den Grundeigentümer für die Zukunft zum Gewerken, das Grundstück war also sozusagen seine Einlage in das Bergwerksunternehmen. Die Kuxe waren an den Boden gebunden, sie enthielten ein subjektives dingliches Recht.^{39) 40)} Mit der Möglichkeit, eine Entschädigung in Geld zu wählen, ist die Grundlage für unser heutiges Grundabtretungsrecht gelegt.

Ob diese Entwicklung ihren Ursprung bereits im römischen Bergrecht hat, ist bestritten. Folgt man der Auffassung, daß in fränkischer Zeit ebenso wie im römischen Recht das Domanialsystem herrschte und noch kein Bergregal, so spricht manches für eine Kontinuität vom römischen zum deutschen Bergrecht. Seit der fränkischen Zeit hatte sich aber das Bergrecht so grundlegend geändert, daß schon im Spätmittelalter der römisch-rechtliche Einschlag,

37) Siehe Ziff. II dieser BO bei Wagner Sp. 719

38) Siehe Ziff. 64 dieser BO bei Wagner Sp. 41

39) So vor allem in der Nassauischen BO von 1559, Art. XXVIII (bei Wagner Sp. 779), aber auch in der Pfalz-Zweibrücken'schen BO von 1565, Art. LXXXV (bei Wagner Sp. 749 f.), der Salfeldischen BO von 1575, Art. XIV (bei Wagner Sp. 1344), der BO für die hintere Grafschaft Sponheim von 1590, Ziff. V (bei Wagner Sp. 592) und in fast allen später erlassenen Bergordnungen des 17. Jahrhunderts

40) Vgl. Häberlin in: ArchZivPr 39, 17 ff. und Müller-Erbach S. 304

der vielleicht ursprünglich vorhanden war, völlig überdeckt wurde und in der weiteren Entwicklung fast ganz verloren ging. ⁴¹⁾

Die Anfänge eines Enteignungsrechts sind im 14. Jahrhundert zu erkennen. ⁴²⁾ In den mittelalterlichen Städten (nicht aber auf dem Lande) kam die Enteignung für den Bau von Mauern, Türmen, Gräben und aus Gründen der Feuersicherheit auf. Dieser Unterschied zwischen Stadt und Land beruhte darauf, daß das städtische Grundeigentum schon mehr den Charakter eines individualistischen Herrschaftsrechts angenommen hatte. Beim ländlichen Grundeigentum vollzog sich die Entwicklung langsamer; es hatte immer noch den Charakter eines Nutzungsrechts mit öffentlichrechtlichem Charakter (es bestanden genossenschaftliche und obrigkeitliche Bindungen). Zur Entstehung eines Enteignungsrechts ist es aber erforderlich, daß die öffentliche Gewalt und die private Eigentumsbefugnis getrennt sind. ⁴³⁾ Die erste Enteignung, die uns aus dem Mittelalter überliefert ist, fand 1376 zur Anlage eines öffentlichen Kanals auf dem Tullnerfelde bei Wien statt. Im 14. Jahrhundert enthielten die Stadtrechte der Städte Lüneburg, Breslau und München bereits Bestimmungen über das Einreißen von Häusern zur Verhütung der weiteren Ausdehnung eines Feuers. Die Schaffhauser Stadtsatzung von 1380 sah allgemein vor, daß ein Haus zur Notdurft der Gemeinde niedrigerissen werden konnte. ⁴⁴⁾ Die allgemeine Anerkennung eines Enteignungsrechts ist dagegen im Mittelalter nicht erfolgt.

§ 3. Die Neuzeit ⁴⁵⁾

Im ausgehenden Mittelalter ging der deutsche Bergbau erheblich zurück. Die Regalherren begegneten dem Niedergang mit der Investierung von Kapital, die auch zur Finanzierung des neu eingeführten Schachtbaues und der damit zusammenhängenden Beseitigung der Grubenwasser erforderlich wurde. Die Folge war, daß die Regalherren mit den hohen Investitionen auch

41) Vgl. Schönbauer S. 193 ff. und auch Arndt, Geschichte S. 21 ff., der aber schon in römischer Zeit ein Bergregal annimmt; a. A. Achenbach S. 23 ff.; Voelkel in: ZfB 55, 227 ff. und Isay I, 2. Einl. A II, S. 83

42) in Italien und Frankreich schon im 12. Jahrhundert

43) Vgl. Hübner S. 250 f. und Conrad S. 565

44) Siehe bei Hübner S. 251

45) Sie beginnt etwa um 1500, also mit der Entdeckung Amerikas durch Kolumbus (1492).

eine stärkere Aufsicht über die Bergwerke ausüben. ⁴⁶⁾ Diese Entwicklung führte schließlich zum Direktionsprinzip. Der Absolutismus und die damalige Wirtschaftsverfassung des Merkantilismus waren für die weitere Entwicklung des Direktionsprinzips sehr förderlich.

Das Direktionsprinzip beeinflusste das Grundabtretungsrecht in starkem Maße. Das bisher nur in beschränktem Umfang ausgebildete Verfahren bei der Grundabtretung verfeinerte sich mit der zunehmenden Einschaltung der Bergbehörden. Ein gutes Beispiel für die Einschaltung der Bergbehörden ist die Eisensteins-Ordnung für das Stifts-Amt Walkenried von 1751. Zum Schürfen mußten die Bergleute einen Schürfzettel lösen und diesen den Beamten vorzeigen. Sollte in Gärten und Höfen geschürft werden, so war der Schürfzettel bereits vierzehn Tage vorher vorzulegen, damit ein möglicherweise entstehender Schaden abgeschätzt und eine Kautio festgesetzt werden konnte. Vor Erteilung des Schürfzettels hatte der Bergbeamte den Ort, wo geschürft werden sollte, zu besichtigen. ⁴⁷⁾ Nach erfolgter Verleihung des Bergwerkseigentums war jedoch das Grundabtretungsverfahren noch nicht so ausgeprägt.

In anderen Bergordnungen machte sich die zunehmende Sicherung der Rechte der Grundeigentümer bemerkbar. Friedrich der Große gab in mehreren Bergordnungen ⁴⁸⁾ dem Grundeigentümer das Recht, die Hälfte aller Kuxe zu fordern, wenn ein Finder auf einem Grundstück fündig wurde. ⁴⁹⁾ Außerdem erhöhte er die Entschädigung für den Grundeigentümer auf zwei Freikuxe und, wenn dieser das erforderliche Holz lieferte, auf vier. ⁵⁰⁾ Der Boden, der für die bergbaulichen Anlagen (sie sind enumerativ aufgezählt) über Tage gebraucht wurde, mußte noch besonders entschädigt werden; die Höhe der Entschädigung setzte im Streitfall das Oberbergamt fest; der Grundabtretung hatte der Versuch einer gütlichen Einigung vorauszugehen. ⁵¹⁾ In ähnlicher Weise erweiterte auch die Bergordnung für Bayern, die Ober-Pfalz und Leuchtenberg von 1784 die Entschädigungshöhe. ⁵²⁾ Einen besonderen Schutz

46) Vgl. Müller-Erzbach S. 95 ff.

47) Siehe Ziff. I und II dieser BO bei Wagner Sp. 1122 f.

48) BO für Schlesien und die Grafschaft Glatz von 1769 und die BO für das Herzogtum Magdeburg, Fürstentum Halberstadt usw. von 1772 (Fundstellen s. nachfolgende Fußn. 49).

49) Siehe Kap. I § 3 bei der BO für Magdeburg (bei Wagner Sp. 1179); die für Schlesien hat fast gleichen Wortlaut (vgl. Wagner Sp. 1332)

50) Siehe Kap. XXXI § 1, bei Wagner Sp. 1196

51) Siehe Kap. I § 4, bei Wagner Sp. 1179

52) Siehe Art. VIII, bei Wagner Sp. 346 f.

genoß der Grundeigentümer in der Bergordnung für Ungarn von 1781, die Kaiser Joseph II. erlassen hatte. Lieferte der Grundeigentümer das Holz frei, so erhielt er insgesamt vier Freikuxe. Die Abtretung von Grundeigentum für bergbauliche Anlagen durfte nur erfolgen, wenn der Grundeigentümer den Boden ohne erhebliche Einbuße entbehren konnte. Das Land- und Berggericht untersuchten gemeinsam, ob die gesetzlichen Voraussetzungen vorlagen, und setzten auch eine entsprechende Entschädigung fest. In besonderen Fällen entschied sogar der Kaiser unter Einschaltung der Hofgerichte über die Grundabtretung. ⁵³⁾

Das ALR von 1794 setzte die bisherige Entwicklung der Sicherung der Rechte des Grundeigentümers fort. Der Grundeigentümer hatte Anspruch auf den Erbkux; ⁵⁴⁾ er erhielt auch das Recht des Mitbauens zur Hälfte, soweit die Provinzialgesetze es vorsahen. ⁵⁵⁾ Der Grundeigentümer war verpflichtet, für alle bergbaulichen Anlagen über Tage den Grund und Boden gegen vollständige Entschädigung ⁵⁶⁾ zu überlassen. ⁵⁷⁾ Eine gütliche Einigung war vorher zu versuchen. ⁵⁸⁾ Geschürft werden konnte nur nach Erteilung eines befristeten Schürfscheines, der dem Grundeigentümer vorzulegen war. Der Schürfer hatte bei seinen Arbeiten besondere Rücksicht auf das Grundeigentum zu nehmen. ⁵⁹⁾ ⁶⁰⁾ Eine Ergänzung erfolgte mit der Deklaration von 1804, die bei bestimmten Grundabtretungen das Zusammenwirken der Kriegs- und Domänen-Kammer und des Oberbergamts anordnete. ⁶¹⁾

In den oben besprochenen Bergordnungen und dem ALR machte sich erstmalig eine deutliche Trennung zwischen der Entschädigung für die Grundabtretung und der Entschädigung für sonstige Leistungen (besonders Holz) und Schäden bemerkbar. Die Grundabtretung wurde durch Geldleistungen

53) Siehe Ziff. 2 und 3, bei Wagner Sp. 320 f.

54) Siehe § 117 II 16 ALR

55) Siehe § 124 II 16 ALR

56) das ist der gesamte Schaden einschließlich des entgangenen Gewinns, siehe § 112 II 16 in Verb. mit § 7 I 6 ALR

57) Siehe § 109 ff. II 16 ALR

58) Siehe § 114 f. II 16 ALR

59) Siehe § 141 ff. II 16 ALR

60) Zu diesem Abschnitt vgl. Häberlin in: ArchZivPr39, 22 ff.; Voelkel in: ZfB 51, 66 und Westhoff S. 11 f.

61) Vgl. Steinbeck S. 36 und Müller-Erbach S. 304

entschädigt, während die sonstigen Leistungen und Schäden mit dem Erbkux abgefunden wurden. Diese Entwicklung führte im ABG schließlich zur Trennung von Grundabtretung und Bergschadensanspruch.⁶²⁾ Der Liberalismus wirkte sich im Bergbau erst spät aus, er zeigte sich vor allem in einer allmählichen Abschwächung des Direktionsprinzips, die in Preußen mit dem Gesetz von 1821 über die Verleihung des Bergwerkseigentums auf Flöze begann. Durch das Miteigentümergebot von 1851 und das Knappschaftsgesetz von 1854 wurde die Bevormundung weiter gelockert. Das Gesetz betreffend die Aufsicht der Bergbehörden über den Bergbau und das Verhältnis der Berg- und Hüttenarbeiter von 1860 hob das Direktionsprinzip ausdrücklich auf. Seitdem besteht das Inspektionsprinzip; der Staat beaufsichtigt nur noch den Bergbau, soweit es zur Wahrung der öffentlichen Belange erforderlich ist (insbesondere Bergpolizei), und wirkt beim Erwerb des Bergwerkseigentums und bei der Grundabtretung mit. Auf die Grundabtretung selbst hat sich diese Entwicklung erst im ABG ausgewirkt.

Das Wesen der Enteignung wurde erstmalig in der Zeit des Absolutismus wissenschaftlich behandelt. Noch in den Ausläufen der Renaissance und der Reformation, aber bereits zu Beginn der Aufklärung, entwickelte sich die Lehre vom ius eminens. Die Landeshoheit wurde unter dem Einfluß des Naturrechts zu einer allumfassenden Staatsgewalt. Man ging davon aus, daß das souveräne Volk mit dem Herrscher einen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen und ihm alle Rechte und Befugnisse übertragen hatte, die zur Leitung des Staatswesens im Interesse des Volkes erforderlich waren. Der Herrscher bestimmte seine Machtbefugnisse selbst, fand aber seine Schranken im Naturrecht. Als reines Naturrecht ohne staatliche Vermittlung wurden nicht nur Freiheit und Gleichheit, sondern auch die Eigentumsordnung angesehen, die der Staat bereits im ius gentium vorgefunden hatte. Wurde das Eigentum zur Erreichung des Staatszwecks dringend benötigt, so hatte der einzelne es herauszugeben. Dafür stand ihm aber eine Entschädigung zu, da das Eigentum im Gegensatz zur natürlichen Freiheit auf einem besonderen Erwerbstitel beruhte. Der einzelne hatte durch Abschluß des Gesellschaftsvertrages nur insoweit auf seinen natürlichen Eigenbereich verzichtet, als

62) Freilich wurde auch schon unter dem ALR eine Entschädigung für Bergschäden gewährt. Das ALR selbst war aber insoweit sehr unklar (siehe § 112 II 16 ALR), ein eigentlicher Bergschadensanspruch im heutigen Sinne entstand erst mit der Entscheidung des preußischen Obertribunals vom 16. 3. 1839 - Bd. 4, 354 ff. - (vgl. dazu Müller-Erzbach S. 337 f.)

es der Staatszweck erforderte; daher konnte der einzelne den Wert des Eigentums gegenüber dem *ius eminens* des Herrschers behaupten. Hugo Grotius (1583 - 1645) leitete das Recht des Staates auf einen Eingriff in das Eigentum der Untertanen noch nicht aus der allgemeinen Staatsgewalt ab, sondern aus dem Obereigentum des Herrschers, der bei einem Eingriff eigenes Recht geltend machte. Diese sachenrechtliche Erklärung wurde von Pufendorf (1632 - 1694), der im übrigen die Lehre von Grotius weiterführte, verworfen. Pufendorf stützte das *ius eminens* vielmehr auf die Lehre vom Gesellschaftsvertrag. Mit der Aufgabe der sachenrechtlichen Begründung wurde das ursprünglich nur als einzelnes Hoheitsrecht gedachte *ius eminens* bald Grund und Rechtfertigung der gesamten Staatstätigkeit. Die Privatgesetzgebung, das Recht auf Besteuerung und die Polizeigewalt wurden aus dem *ius eminens* abgeleitet. Dieser Weg führte zur Staatsraison. Im Bereich der Enteignung blieb es aber bei der Entschädigung ("dulde und liquidiere").⁶³⁾

Diese polizeistaatliche Auffassung findet sich noch in den §§ 74 und 75 Einl. ALR. Gleichzeitig traten aber speziell für die Enteignung von Grundeigentum rechtsstaatliche Gesichtspunkte hervor. Eine allgemeine Regelung des Enteignungsrechts erfolgte zuerst im Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis von 1756 (IV. Teil, 3. Kap. § 2). Die gleiche Entwicklung bestand in Preußen, das mit den §§ 4 ff. I 11 ALR über den Zwangskauf ein allgemeines Enteignungsrecht einführte. Als Verfassungsgrundsatz wurde die Enteignung bei gleichzeitiger Entschädigung erstmalig in Art. 17 der Französischen Verfassung von 1791⁶⁴⁾ aufgenommen. Seitdem findet sie sich auch in allen späteren deutschen Verfassungen, die einen Grundrechtsteil enthalten. In der Verfassungsurkunde Preußens von 1850 wurde die Enteignung aus Gründen des öffentlichen Wohles gegen Entschädigung zugelassen. Auf dieser verfassungsrechtlichen Grundlage ist unter anderem das Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum von 1874 entstanden. Für die Höhe der Entschädigung steht nach diesem Gesetz der Rechtsweg offen. Damit hat sich die Entwicklung zum Rechtsstaat endgültig vollzogen.

Die Weimarer Reichsverfassung verfolgte diesen Weg weiter. Sie enthielt die Möglichkeit, eine Entschädigung ganz auszuschließen; Weber⁶⁵⁾ meint dazu, die Schöpfer der Weimarer Reichsverfassung hätten eine etwas unbestimmte

63) Zu diesem Abschnitt vgl. Stödter S. 52 ff. und Forsthoff § 17, 1, S. 286 ff.

64) Den Wortlaut von Art. 17 einschließlich Übersetzung siehe bei Hartung S. 33

65) Weber S. 388

Vorstellung vom Enteignungsbegriff gehabt und gewisse sozialrevolutionäre Maßnahmen ohne Entschädigung ermöglichen wollen, die man heute als Eigentumsbindung ansehen würde.⁶⁶⁾ Die Enteignung brauchte nun nicht mehr für ein bestimmtes öffentliches Unternehmen zu erfolgen; bald galt als Enteignung nicht nur eine vollständige Entziehung des Eigentums, sondern auch eine Beschränkung des Eigentums; die Enteignung konnte außerdem direkt durch Gesetz erfolgen. Gleichzeitig weitete sich mit der Zeit der Eigentumsbegriff des Art. 153 WRV erheblich aus. An dieser Entwicklung hat das Bonner Grundgesetz nichts geändert, der erweiterte Enteignungsbegriff ist geblieben; die bisher schon von der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannten Legalenteignungen werden in Art. 14 GG ausdrücklich zugelassen. Zur Sicherung der Rechte des einzelnen ist aber in Art. 14 GG ein Junktim zwischen Enteignung und Entschädigung geschaffen und auf die Möglichkeit des Ausschlusses der Entschädigung und des Rechtsweges durch ein einfaches Gesetz verzichtet worden.

Die geschichtliche Darstellung hat gezeigt, daß in früherer Zeit die Enteignung gegenüber der Grundabtretung unbedeutend war und daß sich die Enteignung erst nach einer dogmatischen Begründung im Naturrecht stärker entwickelt hat. Einzelfälle einer Enteignung im deutschen Recht sind aber bis zurück ins 14. Jahrhundert zu verfolgen. Auch das Grundabtretungsrecht besteht in Deutschland seit dem 14. Jahrhundert (einige Anfänge gehen zurück bis ins 13. Jahrhundert), es war nur stärker ausgeprägt, weil ein besonderes Bedürfnis bestand, das bei der Enteignung fehlte. Man kann also nicht sagen, daß die Enteignung aus der Grundabtretung entstanden ist, sie hat lediglich aus der stärkeren Ausgestaltung und Differenzierung des Grundabtretungsrechts Nutzen gezogen und diese teilweise übernommen. Es besteht lediglich zwischen Enteignung und Grundabtretung eine gewisse Verwandtschaft, die aber in unserem heutigen Recht nicht dazu zu führen braucht, daß beide Rechtsinstitute gleichzusetzen sind.⁶⁷⁾

66) Vgl. auch Forsthoff § 17, 2, S. 294

67) Ähnlich Voelkel in: ZfB 51, 67; a. A. Häberlin in: ArchZivPr 39, 1 ff.

Zweiter Abschnitt

Die Grundzüge des materiellen Grundabtretungsrechts

Mit dem ABG wird die bisherige Entwicklung des Grundabtretungsrechts fortgesetzt. Das ABG bemüht sich vor allem um gerechte Abwägung der Interessen. Der Schutz des Grundeigentums wird erweitert und erst nach 1945 durch die Möglichkeit der gerichtlichen Nachprüfung der bergamtlichen Verwaltungsakte im heutigen rechtsstaatlichen Sinne vollendet.

§ 4. Die Arten der Grundabtretung

Unter Grundabtretung versteht das ABG das in den §§ 135 ff. ABG geregelte komplexe Lebensverhältnis (Rechtsverhältnis ¹⁾). Hin und wieder wird es allerdings zur besseren Klarheit erforderlich sein, Teile dieses umfassenden Rechtsverhältnisses besonders zu kennzeichnen; dazu gehören vor allem der Anspruch auf Grundabtretung (oder Grundabtretungsanspruch) und das Recht, das die Grundabtretung schafft. ²⁾

Die Grundabtretung wird nach der Entstehungsweise unterschieden; sie kann durch gütliche Einigung und durch behördlichen Zwang entstehen; die eine Art soll vereinbarte (durch gütliche Einigung entstandene) und die andere erzwungene Grundabtretung genannt werden. Eine andere Art der Unterscheidung beruht auf der Intensität des Eingriffs in das Grundeigentum; das Grundstück kann zur Benutzung und gegebenenfalls auch zu Eigentum in Anspruch genommen werden; insgesamt sind also folgende vier Arten der Grundabtretung zu unterscheiden:

1. die vereinbarte Grundabtretung zur Benutzung,
2. die vereinbarte Grundabtretung zu Eigentum,
3. die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung,

1) Vgl. Enneccerus-Nipperdey § 71 I, S. 427

2) Dieser Begriff könnte durch das Wort "Grundabtretungsrecht" gekennzeichnet werden; da man unter Grundabtretungsrecht aber im allgemeinen die Summe der rechtlichen Vorschriften über die Grundabtretung versteht, soll der Begriff in der dargelegten Weise - Recht, das die Grundabtretung schafft - gekennzeichnet werden.

4. die erzwungene Grundabtretung zu Eigentum. ^{3) 4)}

Beim Grundabtretungsanspruch braucht eine Unterteilung nicht vorgenommen zu werden; er ist bei der vereinbarten und der erzwungenen Grundabtretung der gleiche; auch zwischen der Grundabtretung zur Benutzung und der zu Eigentum besteht bezüglich des Anspruchs grundsätzlich kein Unterschied. Das Recht, das die (vereinbarte und erzwungene) Grundabtretung schafft, ist jedoch wieder aufzuteilen in das entstandene Benutzungsrecht und das entstandene (Grund-) Eigentum.

Außer den einzelnen Arten der Grundabtretung sind noch folgende Gesichtspunkte zu beachten. Die Grundabtretung soll zwischen den Beteiligten auf gutlichem Wege erreicht werden (§ 142 ABG). Die gütliche Einigung hat Vorrang vor dem Zwangsverfahren, sie muß zunächst versucht werden. ⁵⁾ Kann eine gütliche Einigung nicht erzielt werden, so ist die Grundabtretung mit behördlichem Zwang durchzusetzen.

Die Grundabtretung zur Benutzung wird im Gesetz als Normalfall angesehen. Sie führt nicht zum Verlust des Eigentums am Grundstück; es wird lediglich die bisherige Nutzung des Grundstücks soweit eingeschränkt, wie es für den Betrieb des Bergbaues erforderlich ist.

Die Grundabtretung zu Eigentum ist nur in wenigen Ausnahmefällen vorgesehen, sie erfolgt entweder auf Verlangen des Grundeigentümers oder auf Verlangen des Bergbautreibenden.

Der Grundeigentümer hat, wenn der Bergbautreibende sein Grundstück zur Benutzung in Anspruch nimmt, in Fällen, in denen sein Grundstück besonders beeinträchtigt wird, das Recht, die Eigentumsübernahme des Grundstücks

3) Im folgenden sollen die einzelnen Arten der Grundabtretung nur dann unterschieden werden, wenn es für die Klarheit der Darstellung erforderlich ist; spielt dagegen die einzelne Grundabtretungsart für die jeweilige Ausführung keine Rolle, so wird nur der Ausdruck Grundabtretung gebraucht, spielt nur eine Art der Unterscheidung eine Rolle, so wird nur diese benutzt (z.B. vereinbarte Grundabtretung oder Grundabtretung zur Benutzung).

4) Das Gesetz über ein vereinfachtes Enteignungsverfahren vom 26. 7. 1922 (GS S. 211 ff.) in der Fassung der Änderung für NW vom 23. 7. 1957 (GVBl S. 189 ff.) hat nur Einfluß auf das Verfahren, die Arten der Grundabtretung berührt dieses Gesetz nicht.

5) Vgl. Isay II § 142 Anm. 5 (B II 1) und Boldt § 142 Anm. 3

vom Bergbautreibenden zu verlangen. Als besondere Beeinträchtigung hat der Gesetzgeber angesehen:

- a) den Umstand, daß bei der Rückgabe eines zur Benutzung in Anspruch genommenen Grundstücks ein Minderwert besteht (§ 137 II ABG);
- b) den Umstand, daß das Grundstück länger als drei Jahre benutzt werden wird bzw. schon drei Jahre benutzt worden ist (§ 138 ABG);
- c) den Umstand, daß ein bebautes Grundstück ⁶⁾ abzutreten bzw. abgetreten ist (§ 136 II ABG).

Liegen diese Voraussetzungen unter a) - c) für ein Teilgrundstück vor und ist das Grundstück durch die Teilabtretung so zerstückelt worden, daß es nicht mehr zweckmäßig genutzt werden kann, so muß der Bergbautreibende auf Verlangen des Grundeigentümers auch diesen Teil mit dem in Anspruch genommenen Teilgrundstück übernehmen (§ 139 ABG).

Die Grundabtretung zu Eigentum auf Verlangen des Grundeigentümers unterscheidet sich nur wenig von der Grundabtretung zur Benutzung. Der Grundeigentümer kann es immer bei der Grundabtretung zur Benutzung belassen. Legt er aber infolge der Inanspruchnahme keinen Wert mehr auf sein Eigentum, so kann er vom Bergbautreibenden die Übernahme des Eigentums verlangen. Dieses Recht soll ihm also die Möglichkeit geben, die Situation, die die Inanspruchnahme schafft bzw. geschaffen hat, in eine für ihn möglicherweise günstigere Art der Grundabtretung umzuwandeln. Die Intensität des Eingriffs ist jedoch die gleiche wie bei der Grundabtretung zur Benutzung.

Anders ist es mit dem Anspruch des Bergbautreibenden, bei bebauten Grundstücken die Grundabtretung zu Eigentum zu verlangen (§ 136 II ABG). Diese erst durch Änderung des ABG 1937 geschaffene Möglichkeit ⁷⁾ führt gegen den Willen des Grundeigentümers zum Verlust des Eigentums. Der Eingriff ist also weitaus stärker als bei der Grundabtretung zur Benutzung (und auch der Grundabtretung zu Eigentum auf Verlangen des Grundeigentümers).

§ 5. Die Voraussetzungen der Grundabtretung

Ansatzpunkt für alle Untersuchungen über die Grundabtretung ist der (Grundabtretungs-) Anspruch in § 135 ABG. Dieser Anspruch verwirklicht im einzelnen die in § 64 ABG dem Bergwerkseigentümer zuerkannte Befugnis,

6) Unter einem bebauten Grundstück wird im folgenden die Abtretung von Wohn-, Wirtschafts- oder Fabrikgebäuden einschließlich des dazugehörigen eingefriedeten Hofraumes verstanden.

7) Siehe Gesetz vom 24. 9. 1937, GS S. 93 ff.

die Grundabtretung zu verlangen. Im folgenden wird dieser Grundabtretungsanspruch mehrmals im Mittelpunkt der rechtlichen Untersuchungen stehen, er soll daher im voraus begrifflich geklärt werden, soweit es ohne Vorwegnahme der nachfolgenden Untersuchungen möglich ist.

Im bürgerlichen Recht versteht man unter einem Anspruch das Recht, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen (§ 194 BGB); das Recht, das den Anspruch gibt, bezeichnet man als subjektives Privatrecht. Erläutert man das subjektive Privatrecht begrifflich, so ist es eine durch Rechtsvorschrift hergestellte günstige Lage, die es einer bestimmten Person ermöglicht, nach eigenem Belieben den zu ihren Gunsten erlassenen Rechtsbefehl geltend zu machen. ⁸⁾

Würde man den Anspruch auf Grundabtretung dem bürgerlichen Recht zurechnen, so enthielte der § 135 ABG einen Rechtsbefehl, der es dem Bergbautreibenden zugesteht, vom Grundbesitzer die Grundabtretung zu verlangen; es läge also ein subjektives Privatrecht vor.

Ähnlich wie im Privatrecht gibt es auch im Verwaltungsrecht ein subjektives öffentliches Recht. Daneben gibt es wie im Privatrecht bloße Interessen mit sogenannten Reflexwirkungen. Ein subjektives öffentliches Recht liegt vor, wenn von einem Subjekt öffentlicher Verwaltung (in Ausnahmefällen auch von einer Privatperson) ein bestimmtes Tun, Dulden oder Unterlassen verlangt werden kann. Dieses subjektive öffentliche Recht bezeichnet man als Destination (oder als subjektives öffentliches Recht im weiteren Sinn), wenn das Subjekt öffentlicher Verwaltung den konkret zu Begünstigten nach seinem Ermessen auswählen kann. Ein volles subjektives öffentliches Recht (oder subjektives öffentliches Recht im engeren Sinn) liegt dagegen vor, wenn eine bestimmte Person ein Tun, Dulden oder Unterlassen verlangen kann. ⁹⁾

Der Anspruch auf Grundabtretung würde, wenn er dem Verwaltungsrecht zuzurechnen wäre, auf einem vollen subjektiven öffentlichen Recht beruhen, da eine bestimmte Person die Grundabtretung verlangen kann.

8) Vgl. Lehmann § 10 III, S. 70 ff. und Enneccerus-Lehmann § 72, S. 428 ff.

Fehlt es an einer durch Rechtsvorschrift begünstigten Person, so liegt lediglich ein geschütztes Interesse vor, wie z.B. bei sogenannten Schutzgesetzen, die ohne die Bestimmung des § 823 II BGB nicht zu einem Anspruch führen könnten.

9) Vgl. Wolff § 43 III, S. 212 ff. und Forsthoff § 10, 3, S. 169 ff.

Die Ausführungen haben gezeigt, daß das (volle) subjektive öffentliche Recht und das subjektive Privatrecht bis auf den Unterschied Privatrecht - Verwaltungsrecht gleiche Begriffe sind, sie stimmen also begrifflich in jeder Hinsicht überein. Auf einem der beiden subjektiven Rechte beruht der Grundabtretungsanspruch; ob er privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur ist, kann erst an anderer Stelle dieser Arbeit nach weiteren rechtlichen Untersuchungen festgestellt werden.¹⁰⁾

Regelmäßig wird sich der Grundabtretungsanspruch gegen ein fremdes Grundstück, ein Recht an einem fremden Grundstück oder einen schuldrechtlichen Anspruch auf ein fremdes Grundstück richten. Er kann sich aber auch gegen ein fremdes Recht am eigenen Grundstück bzw. einen schuldrechtlichen Anspruch auf das eigene Grundstück richten, (z.B. Grunddienstbarkeit bzw. Pachtverhältnis). Als Grundstücke gelten auch Wasserläufe und Seen, so daß ein Wasserrecht auch durch Grundabtretung erworben werden kann.¹¹⁾

Besteht bereits ein Wasserrecht, so kann der Bergbautreibende aber nur bei der Grundabtretung zu Eigentum Rechtsnachfolger werden. Voraussetzung ist, daß das Wasserrecht nicht einer Person, sondern dem Grundstück zugeordnet ist, also ein dingliches Wasserrecht nach § 8 VI WHG vorliegt, und daß der Bergbautreibende das Grundstück im Wege des derivativen Erwerbs als echter Rechtsnachfolger erhält.¹²⁾ Besteht jedoch kein besonderes Wasserrecht, so ist mangels eines entgegenstehenden Rechts keine Grundabtretung möglich, vielmehr muß dann der Bergbautreibende eine Erlaubnis oder Bewilligung zur Benutzung des Gewässers nach dem Wasserhaushaltsgesetz einholen.

Der Umfang der Grundabtretung geht so weit, wie es für den Betrieb des Bergbaues erforderlich ist; das bedeutet, daß das Grundstück für die zu errichtende Anlage notwendig ist und daß die Anlage für den Betrieb des Bergbaues notwendig ist (sog. doppelte Notwendigkeit).¹³⁾ Die Grundabtretung kann das ganze Grundstück ergreifen, z.B. für den Bau von Betriebsanlagen oder zum Zweck des planmäßigen Zubruchbauens, sie kann darin bestehen,

10) Siehe dazu § 18 I, S. 72 ff.

11) Vgl. bes. Voelkel, Grundzüge S. 146 f. (XV B 2); Isay II § 135 Anm. 6 (B I 1 c) und Boldt § 135 Anm. 1

12) Bei der Grundabtretung zu Eigentum liegt derivativer Erwerb vor; siehe dazu unten § 19 III, S. 89 ff.

13) Vgl. Isay II § 135 Anm. 7 (B I 2)

daß der Bergbautreibende das Grundstück betreten darf oder den Luftraum z.B. für eine Drahtseilbahn in Anspruch nehmen darf. Sie kann sogar auf einen bloßen Unterlassungsanspruch gerichtet sein wie z.B. die Unterlassung der Ableitung von Tagewässern in den Tagebruch. Die Grundabtretung ist für alle Betriebszwecke des Bergbaues zulässig, die Aufzählung in § 135 ABG ist nicht erschöpfend, auch Pulverhäuser, Sägewerke und Lagerplätze für Grubenholz fallen unter diese Bestimmung. ¹⁴⁾

§ 6. Die Beteiligten

Den Anspruch auf Grundabtretung geben die §§ 135 ff. ABG dem Bergwerksbesitzer (nicht nur dem Bergwerkseigentümer), er ist also Anspruchsberechtigter. Diese Regelung scheint § 64 ABG zu widersprechen, der den Grundsatz aufstellt, daß dem Bergwerkseigentümer der Anspruch auf Grundabtretung zusteht. § 64 ABG geht jedoch nur als Grundsatzbestimmung auf die unmittelbaren Folgen des Bergwerkseigentums ein; er behandelt ebenso wie alle anderen Bestimmungen im ersten Abschnitt des dritten Titels des ABG (§§ 50 - 64 ABG) nur das Bergwerkseigentum. Bei der in §§ 135 ff. ABG erfolgten Ausgestaltung des in § 64 ABG enthaltenen Grundsatzes wird der Kreis der Berechtigten umfassend wiedergegeben. Der Anspruch auf Grundabtretung ist daher zwar ein Ausfluß des Bergwerkseigentums, die Regelung in §§ 135 ff. ABG ist aber als gesetzliche Ausdehnung des Anspruchs auf diejenigen aufzufassen, die das Recht zum Betrieb des Bergbaues vom Bergwerkseigentümer ableiten. ¹⁵⁾

Anspruchsberechtigte bei der Grundabtretung sind also der Bergwerkseigentümer, der Berechtigte eines selbständigen Gewinnungsrechts nach § 38 c ABG, der Nießbraucher und der Pächter eines Bergwerks; sie sollen im folgenden mit Bergbautreibender bezeichnet werden.

Der Anspruch auf Grundabtretung richtet sich gegen den, der die Benutzung des Grundstücks für den Betrieb des Bergbaues dulden muß, dieser ist Anspruchsgegner. Das ABG bezeichnet ihn in § 135 mit "Grundbesitzer, er sei Eigen-

14) Vgl. bes. Müller-Erzbach S. 311 ff.; Isay II § 135 Anm. 4, 5 und 25 (B I 1 a, b und B IV 4) und Boldt § 135 Anm. 1

15) Im Ergebnis ebenso: Westhoff S. 86; Voelkel in: ZfB 51, 400 ff.; Brassert-Gottschalk § 135 Anm. 2, S. 489; Klostermann-Thielmann § 135 Anm. 12, S. 376 f.; Müller-Erzbach S. 308 f.; Isay II § 135 Anm. 10 (B II 2); Boldt § 135 Anm. 2; RGZ 71, 152 ff. = ZfB 51, 158 ff. und RGZ 93, 10 ff. = ZfB 60, 96 ff.

tümer oder Nutzungsberechtigter". Teilweise ist die Ansicht vertreten worden, daß ein Nutzungsberechtigter im Sinne von § 135 ABG nur ein dinglich Berechtigter sei, also vor allem ein Nießbraucher und Erbbauberechtigter, nicht aber ein Mieter oder ein Pächter.¹⁶⁾ Ein Miet- oder Pachtverhältnis kann aber auch der Grundabtretung entgegenstehen, so daß es ebenfalls Gegenstand eines Grundabtretungsverfahrens sein kann; Anspruchsgegner kann daher auch ein schuldrechtlich Nutzungsberechtigter sein.¹⁷⁾

Anspruchsgegner bei der Grundabtretung zu Eigentum ist dagegen der Grundeigentümer, er kann auch nur den Antrag auf Übernahme des Grundstücks stellen.

§ 7. Die Grundabtretung beim Grundeigentümerbergbau

Das Recht auf Grundabtretung gilt auch für große Teile des Grundeigentümerbergbaues.¹⁸⁾ Die Fälle sind nicht so bedeutend wie beim verliehenen Bergbau, da sich das Oberflächeneigentum in der Hand des Bergbautreibenden befindet, und damit ein Anspruch auf Grundabtretung nicht besteht, soweit von dem begehrten Grundstück direkt Bergbau betrieben werden soll. Der Anspruch auf Grundabtretung ist vielmehr auf Grundstücke beschränkt, die zwar für den Bergbau notwendig sind, aber von denen nicht direkt der Abbau betrieben werden soll; z.B. für Wege, Eisenbahnen, Kanäle und Wasserläufe.¹⁹⁾ In den Voraussetzungen sind also der Anspruch auf Grundabtretung beim Grundeigentümerbergbau und beim übrigen Bergbau (§§ 1 und 2 ABG) unterschiedlich. In den Folgen dagegen sind beide Grundabtretungsarten gleich; soweit die Grundabtretung für den Grundeigentümerbergbau zulässig ist, unterscheidet sie sich in ihrem Rechtscharakter und in der Art und Weise ihrer Durchführung nicht von der Grundabtretung für den verliehenen Bergbau. Die Grundabtretung beim Grundeigentümerbergbau braucht daher bei den nachfolgenden Untersuchungen nicht besonders behandelt zu werden.

16) So Müller-Erbach S. 310

17) Vgl. Voelkel in: ZfB 51, 409 ff.; Westhoff S. 29 ff. und S. 217 ff. Klostermann-Thielmann § 135 Anm. 12, S. 376 f.; Brassert-Gottschalk § 135 Anm. 3; Isay II § 135 Anm. 10 (B II 3); Boldt § 135 Anm. 2 und RGZ 93, 10 ff. = ZfB 60, 96 ff.

18) Vgl. dazu die Aufzählung bei Boldt Vorbm. zum 5. Titel S. 131

19) Vgl. auch Voelkel in: ZfB 51, 427; Müller-Erbach S. 567 und Isay II § 209 a Anm. 2 (B I)

§ 8. Die Grundabtretung zu Schürfzwecken

Der Anspruch des Schürfers auf Grundabtretung ist dem des Bergbautreibenden nachgebildet, es bestehen nur einige geringe Unterschiede, die mit den Besonderheiten des Schürfrechts zusammenhängen. Infolge der Schürffreiheit (§ 3 ABG) braucht die Benutzung nicht notwendig zu sein. Der Grundeigentümer hat aber bei Wertminderung und wenn die Benutzung länger als drei Jahre dauern wird oder bereits gedauert hat und wenn aus beiden Gründen eine Abtretung zu Eigentum erfolgt, auch bezüglich des verbleibenden Restgrundstücks das Recht, die Übernahme zu Eigentum zu verlangen. (§ 7 ABG) Dagegen ist dieses Recht bei der Abtretung von bebauten Grundstücken nicht gegeben. Die Möglichkeit, auf bebauten Grundstücken zu schürfen (§ 4 III ABG), ist ebenso wie die jetzige Fassung von § 136 II ABG durch Gesetz von 1937²⁰⁾ eingeführt worden. Das Recht des Grundeigentümers, die Übernahme des Eigentums zu verlangen, ist aber nur in § 136 II ABG aufgenommen worden und nicht in die Parallelbestimmung für den Schürfer (§ 4 III ABG). Alle übrigen Abweichungen zwischen dem Anspruch des Schürfers auf Grundabtretung und dem des Bergbautreibenden sind für die folgenden Untersuchungen nicht von Bedeutung.²¹⁾

20) Sie oben S. 18 und Fußn. 7

21) Vgl. auch Voelkel, Grundzüge S. 158 f. (XV B 10); Müller-Erbach S. 146 ff. und Isay I, 2 § 5 Anm. 1 (A I 1)

Dritter Abschnitt

Das ältere Schrifttum über das Verhältnis der erzwungenen Grundabtretung zur Eigentumsbindung und Enteignung

In der bergrechtlichen Literatur wird die erzwungene Grundabtretung (in diesem Abschnitt kurz Grundabtretung genannt) zum Teil als Eigentumsbindung¹⁾ und zum Teil als Enteignung angesehen. Herrschend war und ist wohl auch noch heute die Meinung, die die Grundabtretung als Eigentumsbindung auf- faßt, zumal neben einem großen Teil der Literatur fast die gesamte Recht- sprechung und die Verwaltungspraxis dieser Ansicht gefolgt sind.

§ 9. Die herrschende Meinung, die Eigentumsbindung annimmt

Im älteren Schrifttum hat Voelkel die herrschende Meinung angeführt, er hat die Ansicht, die in der Grundabtretung eine Eigentumsbindung sieht, wissen- schaftlich untersucht und als erster ausführlich begründet; seine Ausführungen sollen daher im Vordergrund stehen. Voelkel²⁾ und auch alle, die sich ihm angeschlossen haben, prüfen das Verhältnis der Grundabtretung zur Enteignung im Rahmen von Art. 109 EGBGB. Dieser Artikel läßt die landesrechtlichen Vorschriften über die Enteignung unberührt, erklärt aber für die Entschädigung die Art. 52, 53 EGBGB für anwendbar, soweit nicht die Landesgesetze etwas anderes bestimmen. Art. 52 EGBGB behandelt die Rechte Dritter, die bei der Enteignung keine besondere Entschädigung erhalten; für diese Rechte soll das gleiche gelten wie für die, die durch Zwangsversteigerung erlöschen. Art. 53 EGBGB bestimmt für die Enteignung zur Sicherung der Rechte der Hypotheken- gläubiger die entsprechende Anwendung von § 1128 BGB. Auch Art. 67 EGBGB, der die landesrechtlichen Vorschriften des Bergrechts aufrechterhält, verweist allerdings nur für den Bergschaden (Beschädigung eines Grundstücks durch Bergbau) auf Art. 52, 53 EGBGB. Es taucht daher die Frage auf, ob für das Grundabtretungsrecht vielleicht über Art. 109 EGBGB die Art. 52, 53 EGBGB angewendet werden können.

Zur Feststellung der Anwendbarkeit von Art. 109 EGBGB vergleicht Voelkel die Grundabtretung mit der Enteignung nach dem preußischen Enteignungs- gesetz von 1874. Er geht bei seiner Untersuchung von dem Enteignungsbegriff

1) Der früher übliche Ausdruck Eigentumsbeschränkung soll im folgenden zugunsten des klareren Ausdrucks Eigentumsbindung vermieden werden; vgl. auch Weber S. 351 und v. Mangoldt-Klein Art. 14 Anm. IV, S. 428

2) Voelkel in: ZfB 51, 45 ff.

Dernburgs aus. Dernburg faßt die Enteignung als eine "Entziehung von Vermögensrechten durch einen staatlichen Verwaltungsakt im öffentlichen Interesse gegen Entschädigung" auf.³⁾ Voelkel stellt fest, daß die Grundabtretung nicht durch einen staatlichen Verwaltungsakt (eine Anordnung des Staatsministeriums, früher eine Königliche Verordnung) wie in § 2 EntG erfolgt. Er sieht in der Anordnung des Staatsministeriums einen notwendigen Bestandteil jeder Enteignung und meint, daß ein Eingriff direkt durch Gesetz wie die Grundabtretung nach dem ABG keine Enteignung, sondern eine Eigentumsbindung sei.⁴⁾ Auch fehlt nach Voelkels Ansicht bei der Grundabtretung das öffentliche Interesse, das bei einer Enteignung positiv vorliegen muß; es genügt für ihn daher nicht, daß der Grundabtretung kein überwiegendes öffentliches Interesse entgegenstehen darf (§ 136 I ABG). Er meint, bei der Grundabtretung stünden private Erwerbsinteressen im Vordergrund, wenn auch die wirtschaftliche Bedeutung des Bergbaues nicht übersehen werden dürfe; oft (insbesondere beim Kalibergbau) widerspreche sogar der Betrieb des Bergbaues dem öffentlichen Interesse.⁵⁾ Diese Gründe haben Voelkel bewogen, die Grundabtretung nicht als einen Sonderfall der ihr in einigen Punkten verwandten Enteignung anzusehen, sondern sie der Eigentumsbindung zuzurechnen. Voelkel mißt dem Umstand, daß § 54 EntG die Anwendung des Enteignungsgesetzes auf die Grundabtretung ausschließt, keine Bedeutung bei, da dieser Ausschluß erfolgt sein kann, weil die Grundabtretung eine Enteignung ist, oder weil sie keine ist. Auch die Fassung des § 147 ABG ("Kosten des Expropriationsverfahrens"), die von der üblichen des ABG abweicht, ist für ihn ohne Belang.⁶⁾

Im Ergebnis vertreten Klostermann-Thielmann die gleiche Ansicht wie Voelkel;⁷⁾ auch nach ihrer Meinung ist die Grundabtretung keine Enteignung, weil es am öffentlichen Interesse fehlt; sie sagen aber nicht wie Voelkel, daß sie eine Eigentumsbindung sei.

Müller-Erbach ist ebenfalls der Auffassung, daß die Grundabtretung nicht wie die Enteignung aus Gründen des öffentlichen Wohles erfolge, sondern daß hinter ihr ein lediglich mittelbares öffentliches Interesse stehe.⁸⁾

3) Vgl. Dernburg S. 113; er selbst sieht in der Grundabtretung eine Enteignung, siehe S. 115

4) Voelkel in: ZfB 51, 58

5) Voelkel in: ZfB 51, 60 ff. (bes. S. 60 - 63)

6) Voelkel in: ZfB 51, 55 f.

7) Klostermann-Thielmann Vorbem. zu § 135, S. 363 f.

8) Müller-Erbach S. 305 f.

Isay übernimmt die Ausführungen von Voelkel, fügt aber noch hinzu, daß im Gegensatz zur Enteignung bei der Grundabtretung kein Widerstreit zweier Interessen, die gegenseitig abzuschätzen wären, sondern ein Widerstreit zweier Rechte bestehe, von denen das schwächere Recht des Grundeigentümers dem stärkeren Recht des Bergwerkseigentümers zu weichen habe. Isay betrachtet nicht wie Voelkel die Grundabtretung ausdrücklich als Eigentumsbindung. ⁹⁾

Boldt vertritt die gleiche Ansicht wie Voelkel, für ihn ist die Grundabtretung auch eine Eigentumsbindung. Beim Vergleich von Grundabtretung und Enteignung geht er ebenfalls davon aus, daß für die Enteignung ein staatlicher Verwaltungsakt auf Grund öffentlichen Interesses wesentlich sei. Ein solcher Akt fehlt nach seiner Ansicht bei der Grundabtretung, bei ihr handele es sich vielmehr um einen in einem besonderen Verfahren durchzusetzenden Anspruch des stärkeren Rechts des Bergbautreibenden, dem das schwächere Recht des Grundbesitzers zu weichen habe. ¹⁰⁾

Auch Spieker knüpft an die Ausführungen von Voelkel an. Er berücksichtigt aber die Entwicklung in der Weimarer Republik zu Art. 153 WRV und läßt eine Enteignung unmittelbar durch Gesetz zu. Er ist ebenso wie Müller-Erbach der Ansicht, daß die Grundabtretung nur mittelbar im öffentlichen Interesse erfolge und nicht unmittelbar wie die Enteignung. ¹¹⁾

Außerdem greift Platte die Ansicht von Voelkel auf, ohne ihr aber eine eigene Note zu geben. ¹²⁾

In der Rechtsprechung überwiegt bei weitem die Ansicht, daß die Grundabtretung keine Enteignung ist. Das ProVG und das KG prägen, wenn auch nur lückenhaft, zuerst die Ansicht, die Voelkel übernimmt und ausführlich begründet. ¹³⁾ In einer späteren Entscheidung macht sich dann das KG die Ausführungen von Voelkel zu eigen, ¹⁴⁾ nachdem es vorher einmal

9) Isay II § 135 Anm. 1 (A I); Rudolf Isay ist heute allerdings der Ansicht, daß die Grundabtretung eine Enteignung sei, (vgl. Geist S. 20 und 32 f., aber auch seine Vorschläge zur Neuordnung des Bergrechts in: Entwurf § 47 ff.).

10) Boldt Vorbem. vor § 135 Anm. 3 und St. u. Brgb. S. 44

11) Spieker S. 62 ff.

12) Platte in: ZfB 72, 447 ff.

13) ProVG 37, 133 ff. und KG in ZfB 46, 113 ff.

14) KG in: ZfB 55, 517 ff.

den entgegengesetzten Standpunkt eingenommen hat ¹⁵⁾.

In den Rekursbescheiden haben sich der Minister für Handel und Gewerbe und der für Landwirtschaft, Domänen und Forsten immer auf den Standpunkt gestellt, daß die Grundabtretung nicht als Enteignung, sondern als Eigentumsbindung anzusehen sei. In ihrer Begründung unterscheiden sie sich nicht von den Ausführungen Voelkels. ¹⁶⁾

Die Begründung der herrschenden Meinung läßt sich heute nicht mehr aufrechterhalten, sie ist durch die Rechtsentwicklung überholt. Eine Anordnung des Staatsministeriums ist nur für die Enteignung nach dem Enteignungsgesetz erforderlich, sie ist kein Begriffsmerkmal der Enteignung. Auch ein Verwaltungsakt ist heute für die Enteignung nicht mehr wesensnotwendig, diese kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes durchgeführt werden (Art. 14 III GG). Andererseits ist ein gesetzlicher Eingriff kein Begriffsmerkmal für eine Eigentumsbindung, diese kann nämlich durch einen Verwaltungsakt erfolgen, der zusammen mit einer Vielzahl gleichliegender Verwaltungsakte im Sinne des materiellen Gleichheitssatzes für alle gleich wirkt. ¹⁷⁾ Eigentumsbindung und Enteignung geschehen also beide durch Gesetz oder Verwaltungsakt, der Unterscheidung der herrschenden Lehre fehlt demnach die Grundlage. Außerdem meinen Voelkel und ein Teil seiner Anhänger, daß die Grundabtretung nicht im öffentlichen Interesse liege und sie deshalb keine Enteignung, sondern eine Eigentumsbindung sei. Das öffentliche Interesse ist nach der heute herrschenden Ansicht kein Begriffsmerkmal, sondern eine Zulässigkeitsvoraussetzung der Enteignung. Liegt es nicht vor, so kann ein Eingriff doch eine Enteignung sein, die aber dann verfassungsrechtlich nicht statthaft und daher nichtig ist. ¹⁸⁾ Im übrigen haben auch Eigentumsbindungen im öffentlichen Interesse zu erfolgen. Der Gesetzgeber kann die Eigentumssphäre des einzelnen nicht beliebig einschränken; er hat in sozialer Verantwortung unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit die Bindungen des Eigentums zum Wohle der Allgemeinheit vorzunehmen; dabei ist es nicht erforderlich, daß die Eigentumsbindung

15) KG in: ZfB 51, 173 ff.

16) Siehe unter anderem ReKB in: ZfB 67, 277 ff. und ReKB in: ZfB 72, 646 ff.

17) Vgl. BGHZ 6, 270 ff. (bes. S. 279 f. und 284 f.) und Wolff § 62 III b, S. 328 f.

18) Vgl. Huber § 70 I, S. 52; Stödter § 15 III, S. 222; aber auch Wolff § 62 IV, S. 331 und v. Mangoldt-Klein Art. 14 Anm. VII 2 c, S. 441

ausschließlich zum Wohle der Allgemeinheit erfolgt; oft werden auch recht starke private Interessen vorliegen, nur muß in jedem Einzelfall daneben auch ein öffentliches Interesse die Eigentumsbindung rechtfertigen. ¹⁹⁾ Aus mehreren Gründen können also Eigentumsbindung und Enteignung nicht danach unterschieden werden, ob ein öffentliches Interesse vorliegt oder nicht.

Die herrschende Meinung gibt demnach ihrer Ansicht, daß die Grundabtretung eine Eigentumsbindung sei, eine Begründung, die infolge der Rechtsentwicklung überholt ist. Damit soll das Ergebnis, zu dem die herrschende Meinung kommt, mit den bisherigen Ausführungen nicht verworfen werden; es hat sich jedoch gezeigt, daß heute zur Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung andere Wege gegangen werden müssen.

§ 10. Die Meinung, nach der Enteignung vorliegt

Nach Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches griff zuerst Planck in Zusammenhang mit Art. 109 EGBGB und dessen Anwendung auf das Bergrecht die Frage auf, ob die Grundabtretung eine Enteignung sei. Er meint, sie erfolge im öffentlichen Interesse, und stellt sie daher der Enteignung gleich. ²⁰⁾

Westhoff hat sich in demselben Zusammenhang wie Planck ausführlich mit dem Verhältnis der Grundabtretung zur Enteignung befaßt. Er ist der Ansicht, daß auch die Grundabtretung im öffentlichen Interesse erfolge, weil die Förderung des Bergbaues im öffentlichen Interesse liege. Er meint, daß die privaten Erwerbsinteressen der Bergbautreibenden ein öffentliches Interesse ebensowenig ausschließen wie die Interessen einer privaten Eisenbahngesellschaft, die nach § 1 EntG das Enteignungsrecht verliehen bekommen hat. ²¹⁾

Kramberg stellt die Grundabtretung der Enteignung nach dem Enteignungsgesetz völlig gleich, er sieht in ihr praktisch einen Unterfall der Enteignung. ²²⁾

Später hat Gottschalk die Meinung, daß die Grundabtretung eine Enteignung sei, mit weiteren Argumenten untermauert. ²³⁾ Er greift den von Voelkel

19) So: BVfGE 7, 320 ff. (323); BVfGE 8, 71 ff. (80); Reinhardt-Scheuner S. 5 und 7; Weber S. 372 und Hamann Art. 14 Anm. 9

20) Planck Art. 109 EGBGB Anm. 4

21) Westhoff S. 16 f. und in: ZfB 46, 45 f.

22) Kramberg S. 34 ff. und S. 62 ff.

23) Gottschalk in: Glückauf 1912, 519 ff.

angewandten Enteignungsbegriff Dernburgs an, soweit dieser einen staatlichen Verwaltungsakt bei der Enteignung für erforderlich hält. Auch ist er entgegen Voelkel der Ansicht, daß ein Enteignungsrecht ein für allemal durch Gesetz verliehen werden kann. Nach Gottschalks Ansicht ergibt sich das öffentliche Interesse der Grundabtretung aus dem Interesse, das die Allgemeinheit an der Förderung der Bodenschätze hat. Gottschalk belegt diese Meinung insbesondere mit den Motiven zum ABG; ²⁴⁾ dieses öffentliche Interesse sei nämlich vom Gesetzgeber bei jeder Verleihung des Bergwerkeigentums als vorliegend angesehen worden; etwaige Mißstände würden schon infolge des Staatsvorbehalts für die wichtigsten Mineralien (Kohle und Kali) verhindert. Im übrigen meint er, daß auch das Bestehen des Betriebszwangs für eine Enteignung spreche, da dieser deshalb eingeführt worden sei, weil der Bergbautreibende infolge der Grundabtretung der Willkür des Grundbesitzers enthoben sei. ²⁵⁾

Insbesondere Uellner, ²⁶⁾ aber auch v. Ballestrem ²⁷⁾ meinen, daß der Bergbau im volkswirtschaftlichen Interesse erfolge und dieses volkswirtschaftliche Interesse den Gesetzgeber veranlaßt habe, die Grundabtretung einzuführen und das Recht des Bergbautreibenden als höherwertiger anzusehen als dasjenige des Grundeigentümers. Sie folgern weiter, daß das allgemeine vom Gesetzgeber festgestellte volkswirtschaftliche Interesse dem im Einzelfall nachzuweisenden öffentlichen Interesse gleichzusetzen sei.

Die Ansicht, daß die Grundabtretung eine Enteignung sei, vertreten ebenfalls Arndt ²⁸⁾ und Willeke ²⁹⁾; zahlreiche Autoren haben nach ihren Lehrbüchern und Kommentaren zum bürgerlichen Recht bzw. zum Enteignungsrecht die gleiche Meinung. ³⁰⁾

Die Ansicht, die in der Grundabtretung eine Enteignung sieht, bedarf ebenso wie die herrschende Meinung der Überprüfung. Das öffentliche Interesse ist, wie oben ausgeführt, kein Begriffsmerkmal, sondern nur eine Zulässigkeits-

24) Siehe bei Hahn S. 12 und 157

25) Diese Ansicht hat Gottschalk in der von ihm bearbeiteten zweiten Auflage des Brassert'schen Kommentars zum ABG beibehalten, (vgl. Brassert-Gottschalk Vorbem. vor § 135 Anm. 2, S. 485 f.).

26) Uellner S. 54 ff.

27) v. Ballestrem S. 36 ff. (bes. S. 38)

28) Arndt Vorbem. vor § 135 und in: ZfB 55, 494 f.

29) Willeke (Erwin) S. 12 ff.

30) Siehe dazu die umfangreichen Literaturhinweise bei Uellner S. 63 f.

voraussetzung der Enteignung; außerdem erfolgt eine Eigentumsbindung auch im öffentlichen Interesse. Die Feststellung eines öffentlichen Interesses ist demnach nicht geeignet, Eigentumsbindung und Enteignung zu unterscheiden. 31)

Das gesamte ältere Schrifttum zum Rechtscharakter der Grundabtretung ist also überholt; zur Feststellung des Rechtscharakters der Grundabtretung muß die neuere Entwicklung von Eigentumsbindung und Enteignung berücksichtigt werden.

In neuester Zeit hat vor allem Schulte versucht, die Grundabtretung als Eigentumsbindung anzusehen; seine Ansicht kann erst nach Erörterung der gegenwärtigen Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung behandelt werden. 32)

§ 11. Der Einfluß des Gesetzes über ein vereinfachtes Enteignungsverfahren

In § 7 des Gesetzes über ein vereinfachtes Enteignungsverfahren 33) bezeichnet der Gesetzgeber die Grundabtretung als Enteignung und behandelt sie bis auf kleine Ausnahmen ebenso. 34) Diesen Umstand haben verschiedene Autoren mit gewissen Einschränkungen zur Begründung ihrer Ansicht, daß die Grundabtretung eine Enteignung sei, herangezogen. 35)

Aus der Bezeichnung des in §§ 135 ff. ABG geregelten Verfahrens als Enteignungsverfahren und der Art und Weise der gesamten Regelung ergibt sich, daß der preußische Gesetzgeber zwischen der Enteignung und der Grundabtretung keinen besonderen Unterschied gesehen hat. Bemerkenswert ist aber, daß in der Begründung der Regierung zum Entwurf des Gesetzes nur vom "bergrechtlichen Grundabtretungsverfahren" gesprochen wird und nicht wie im Gesetz vom "Enteignungsverfahren nach den Bestimmungen

31) Siehe oben die Ablehnung der herrschenden Meinung, § 9 S. 27 f.

32) Schulte S. 23 ff. und unten § 13 III 2, S. 47 ff.

33) Gesetz vom 26. 7. 1922 (GS S. 211 ff.) in der Fassung der Änderung für NW vom 23. 7. 1957 (GVBl S. 189 ff.)

34) Genauso auch in dem Vorläufer dieses Gesetzes, dem Art. I der VO vom 10. 4. 1918 (GS S. 41 f.)

35) Vgl. Uellner S. 88 und Willeke (Erwin) S. 13

der §§ 135 ff. ABG". 36) Hinzu kommt, daß das Gesetz selbst nicht die materiellen Bestimmungen der Grundabtretung berührt, sondern nur dem formellen Verfahren des ABG ein weiteres Verfahren für besondere Fälle hinzufügt.

Unter diesen Umständen kann der Regelung im Gesetz über ein vereinfachtes Enteignungsverfahren keine besondere Bedeutung beigemessen werden.

36) Siehe die Sammlung der Drucksachen des Preußischen Landtages, 1. Wahlperiode, 1. Tagung, 6. Band, Drucksache Nr. 3252 S. 3843 ff. Da das Gesetz ohne Aussprache angenommen worden ist, ergeben die Sitzungsberichte keine weiteren Anhaltspunkte; vgl. Sitzungsberichte des Preußischen Landtages, 1. Wahlperiode, 1. Tagung, 8. Band, 162. Sitzung, S. 11812 f.

Vierter Abschnitt

Die erzwungene Grundabtretung unter dem Einfluß des Bonner Grundgesetzes

§ 12. Allgemeines zur Abgrenzung von Eigentumsbindung und Enteignung

Nicht nur die erzwungene Grundabtretung, sondern auch die Eingriffe nach dem Nachbarrecht werden ausschließlich als Eigentumsbindung angesehen.¹⁾ Erhebliche Parallelen bestehen zwischen der erzwungenen Grundabtretung und dem Notwegrecht.^{2) 3)} In beiden Fällen wird das nachbarliche Nebeneinander zweier absoluter Rechte geregelt. Der Unterschied besteht darin, daß einmal zwei verschiedene absolute Rechte (Bergwerkseigentum und Grundeigentum) und das andere Mal zwei gleiche absolute Rechte (Grundeigentum) aufeinanderstoßen. Diese Nachbarschaft zweier absoluter Rechte bringt infolge des räumlichen Nebeneinanders eine Kollision der verschiedenen Interessen der Nachbarn mit sich, die einen gerechten Ausgleich erfordert. Das nachbarliche Spannungsverhältnis hat der Gesetzgeber durch entsprechende Normen auszugleichen versucht. Diese nachbarlichen Kollisionsnormen gilt es nun in das Eigentums- und Enteignungssystem des Grundgesetzes einzubauen.

Die Zentralbestimmung für das Eigentum einschließlich Eigentumsbindung und Enteignung ist Art. 14 GG. Dieser Artikel erfaßt als Grundrecht unsere ganze Eigentumsordnung und enthält die Gewährleistung des Eigentums als Rechts-

1) Vgl. bez. § 917 BGB: Wolff-Raiser § 56, S. 200 f.; Westermann § 65 I, S. 325 f.; Meisner-Stern-Hodes § 27 II, S. 368; RGR-Komm. § 917 Anm. 7, (VII 4); Erman § 917 Anm. 1; Palandt § 917 Anm. 1 und Saumweber S. 21 (Allerdings verwenden nicht alle Autoren den Ausdruck Eigentumsbindung, ihre Ausführungen sind aber dahin zu verstehen.)

2) Vgl. Schulte S. 26

3) Alle anderen nachbarrechtlichen Bestimmungen scheiden für einen Vergleich mit der Grundabtretung aus; § 904 BGB - Angriffsnotstand - erfordert nicht das Nebeneinander zweier absoluter Rechte. § 906 BGB - Immissionen - beschäftigt sich mit zulässigen (rechtmäßigen) Einwirkungen, die mit dem Bergschadensrecht verglichen werden können; der Überbau nach §§ 912 ff. BGB ist, wenn er geduldet werden muß, nicht als rechtmäßig, sondern als objektiv rechtswidrig anzusehen (a. A. Schulte S. 26).

einrichtung und die Gewährleistung der einzelnen individuellen Eigentumsrechte. ⁴⁾ Das Eigentum ist nach heutiger Auffassung keine feststehende, unveränderliche Größe, es ergibt sich aus einer Fülle von Vorschriften, die seinen Inhalt und seine Schranken festlegen und dem einzelnen einen Spielraum über seine Privatgüter belassen, den wir als Eigentum bezeichnen. ⁵⁾ An Beeinträchtigungen kennt das Grundgesetz nur die inhaltliche Ausgestaltung des Eigentums (Eigentumsbindung) und die Enteignung (mit den verschiedenen Abarten von Eigentumsbindung und Enteignung ⁶⁾). Infolge der Gewährleistung des Eigentums als Grundrecht sind nur solche Einschränkungen des Eigentums zulässig, die das Grundgesetz ausdrücklich vorsieht; das Eigentum kann daher nur durch eine Eigentumsbindung oder eine Enteignung eingeschränkt werden. Jede verfassungskonforme Gesetzesbestimmung, die das Eigentum berührt, muß deshalb eine Enteignung oder eine Eigentumsbindung sein, eine dritte Möglichkeit gibt es nicht. ⁷⁾ Die Grundabtretung kann daher auch nur eine Eigentumsbindung oder eine Enteignung sein.

Die Begriffe Eigentum, Eigentumsbindung und Enteignung, sowie die Abgrenzung zwischen Eigentumsbindung und Enteignung werden in Art. 14 GG nicht näher erläutert; die Entstehungsgeschichte zu Art. 14 GG läßt auch keine Rückschlüsse zu. ⁸⁾ Das Grundgesetz hat in Art. 14 den gleichen Weg eingeschlagen wie die Weimarer Reichsverfassung in Art. 153 und die Definition der einzelnen Begriffe der Rechtslehre und der Rechtsprechung überlassen.

-
- 4) Vgl. v. Mangoldt-Klein Vorbem. A VI 2 c, S. 83 und Art. 14 Anm. II 6, S. 415 ff.; Weber S. 355 und Reinhardt-Scheuner, S. 1 und 68
- 5) Ähnlich: Westermann § 28 II 2 und 3, S. 116 f. und Huber § 68 II 2 b, S. 11
- 6) Diese Abarten haben bei der folgenden Untersuchung auszuscheiden, es sind vor allem Eigentumsumschichtung, Sozialisierung, Ablieferungszwang und Eigentumsumlegung; auch die Beeinträchtigungen, die Unrechtselemente enthalten, wie Restitution, Einziehung und Konfiskation sind in diesem Rahmen nicht zu behandeln.
- 7) Vgl. Reinhardt-Scheuner S. 114; Wolff § 62 III d, S. 330 f. und Stödter S. 215; teilweise anders: v. Mangoldt-Klein Art. 14 Anm. IV 2, S. 430, die Enteignung und Sozialisierung als einen Unterfall des Art. 14 I 2 GG ansehen.
- 8) Vgl. v. Doemming-Fußlein-Matz in: JÖR NF 1, 144 ff.

Eine exakte Definition und Trennung beider Begriffe ist nur möglich, wenn man das gesamte Eigentums- und Enteignungssystem ins Auge faßt.⁹⁾ Eine einfachere Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung ist nicht möglich. Insbesondere kann nicht die Zulässigkeitsvoraussetzung der Enteignung "Wohl der Allgemeinheit" zur Abgrenzung herangezogen werden, da nicht nur die Enteignung, sondern auch die Eigentumsbindung neben privaten Interessen zum Wohle der Allgemeinheit erfolgt.¹⁰⁾ Außerdem muß die Abgrenzung nicht nur gegenüber der zulässigen Enteignung, deren Voraussetzungen Art. 14 GG näher festlegt, sondern auch gegenüber der unzulässigen **Enteignung**, die nichtig sein würde, möglich sein; deshalb können die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Enteignung nicht zur Abgrenzung herangezogen werden.

Aus diesen Schwierigkeiten heraus sind in Schrifttum und Rechtsprechung eine Reihe von Abgrenzungstheorien entstanden. Sie werden danach unterschieden, ob sie auf formellen oder materiellen Gesichtspunkten beruhen. Diese Unterscheidung hat inzwischen an Bedeutung verloren. Die wichtigste formelle Theorie, die Einzeleingriffstheorie, ist von Anschütz¹¹⁾ aufgestellt und vom Reichsgericht weiter ausgebaut worden.¹²⁾ Sie ist zwar vom Bundesgerichtshof aufgegriffen, aber ihres formellen Charakters durch größere Betonung von materiellen Gesichtspunkten, insbesondere infolge der Heranziehung des materiellen Gleichheitssatzes, entkleidet worden.¹³⁾ Auch im Schrifttum wird heute die Einzeleingriffstheorie fast nur noch als materielle Theorie vertreten. Alle übrigen Abgrenzungstheorien hatten schon seit jeher materiellen Charakter. Lediglich Dürig¹⁴⁾ stellt neuerdings wieder formelle Gesichtspunkte in den Vordergrund. Die Theorien unter-

9) Vgl. Reinhardt-Scheuner S. 8

10) Siehe dazu oben § 9 S. 27 f. (auch Fußn. 19).

11) Anschütz Art. 153 Anm. 7, S. 611 f.

12) Siehe besonders RGZ 116, 268 ff. (271 f.); RStGH in: RGZ 124, Anh. 19 ff. (33); RGZ 127, 280 f.; RGZ 128, 18 ff. (28); RGZ 128, 165 ff. (171 f.); RGZ 129, 146 ff.; RGZ 132, 69 ff. (71); RGZ 133, 124 ff.; RGZ 135, 308 ff. (311); RGZ 136, 113 ff. (123 f.)

13) Siehe den BGH selbst in: BGHZ 6, 270 ff. (280); aber auch Reinhardt-Scheuner S. 10 und 100; v. Mangoldt-Klein Art. 14 Anm. VII 4, S. 443; Forsthoff in: JZ 1952, 627 f.; Westermann § 28 II 4 c, S. 118 f.; teilweise a. A. Stödter in: DÖV 1953, 97 ff. (99)

14) Dürig in: JZ 1954, 4 ff.

scheiden sich vor allem darin, welche materiellen Gesichtspunkte sie zur Abgrenzung heranziehen.

Im folgenden soll an Hand der wichtigsten und bedeutendsten Abgrenzungstheorien untersucht werden, welchem Rechtsinstitut die Grundabtretung zuzurechnen ist.¹⁵⁾

§ 13. Die Einzeleingriffstheorie

Die Untersuchung soll mit der neueren (materiellen) Einzeleingriffstheorie begonnen werden, die die Rechtsprechung und ein großer Teil des Schrifttums anwenden. Sie wird auch deshalb an den Anfang gestellt, weil alle übrigen (neueren) Theorien aus der Kritik an ihr entstanden sind.

Die neuere Einzeleingriffstheorie wird in verschiedenen Varianten vertreten; ihr Ausgangspunkt ist die Rechtsprechung des BGH¹⁶⁾, die von einem Teil des Schrifttums durch weitere Gesichtspunkte ergänzt wird.

I. Die Einzeleingriffstheorie im allgemeinen

Der BGH lehnt eine Rückkehr zum sogenannten "klassischen" Enteignungsbegriff ab;¹⁷⁾ er unterteilt den heutigen Enteignungsbegriff auch nicht in "klassische" und "sonstige" Enteignungsfälle, weist aber darauf hin, daß bei einer Entziehung oder Übertragung von Eigentum niemals eine Eigentumsbindung, sondern immer eine Enteignung vorliege.¹⁸⁾

Nach der Ansicht des BGH¹⁹⁾ ist ein Eingriff Eigentumsbindung, wenn er allgemeinen Charakter hat und alle gleich trifft oder für alle gleiche

15) Die Fülle des Stoffes ermöglicht es nur, auf die wichtigsten Abgrenzungstheorien, die auch heute noch vertreten werden, einzugehen.

16) Insbesondere der Beschluß des Großen Senats für Zivilsachen vom 9./10. 6. 1952 in: BGHZ 6, 270 ff. = NJW 1952, 972 ff.; BGHZ 12, 52 ff. (55 f.) = NJW 1954, 554 ff.; BGHZ 15, 269 ff. (bes. 271) = NJW 1955, 179 ff.; BGHZ 23, 30 ff. (32) = NJW 1957, 538 f. und BGH in: NJW 1958, 747 f.

17) BGHZ 6, 270 ff. (281)

18) Vgl. BGHZ 6, 270 ff. (278 unten); BGHZ 30, 338 ff. (342); ebenso, allerdings noch unter Berufung auf die klassische Enteignung, BGHZ 4, 10 ff. (47); siehe aber auch OVG Hamburg in: DVBl 1951, 181 ff. und Schack in: NJW 1954, 578

19) BGHZ 6, 270 ff. (278 ff.)

Wirkungen hat; demgegenüber liegt eine Enteignung vor, wenn der einzelne oder bestimmte Personengruppen im Vergleich zu allen anderen in gleicher Lage ungleich getroffen und zu einem den anderen nicht zugemuteten Opfer für die Allgemeinheit gezwungen werden; während die alle Rechtsträger unterschiedslos und einheitlich treffende Pflichtenbindung der betroffenen Gattung von Rechten für die Zukunft allgemein eigentümlich sein soll, zeichnet sich die Enteignung durch bestimmte Einzelmaßnahmen aus mit der Wirkung, daß das Eigentum entzogen oder auf irgendeine Weise belastet wird. Der BGH sieht vor allem in dem Verstoß gegen den Gleichheitssatz ein Kennzeichen für die Enteignung, während die Art des Eingriffs völlig bedeutungslos ist; nicht nur durch ein Gesetz, sondern auch durch einen Verwaltungsakt kann eine Eigentumsbindung erfolgen, wenn dieser auf Grund eines Gesetzes erlassen ist, das die Aufgabe hat, durch eine Summe von Verwaltungsakten die Gleichheit aller zu wahren, also durch Eingriffe die Gleichheit aller herbeizuführen. Damit stellt der BGH (wenn auch nicht ausdrücklich) auf die materielle und nicht auf die formelle Gleichheit ab. Diese allgemeinen Grundsätze hat der BGH in späteren Entscheidungen weiter vertieft. In dem "Bausperrenurteil" ²⁰⁾ wird das materielle Gleichheitsgebot noch inhaltlich ergänzt; ein Eingriff ist nach diesem Urteil nur dann gleich, wenn die Bausperre ihren Ursprung (Zweck) in dem Grundstückskomplex hat, dem sie dienen und zugute kommen soll (also dem Grundstückskomplex wesentlich ist), zum Beispiel um ein zusammenhängendes Gebiet baureif zu machen; demgegenüber ist eine Bausperre ungleich, wenn der Ursprung der Beschränkung auf überörtliche Planung zurückzuführen ist, die im Interesse der Allgemeinheit erfolgt, der Ursprung also in der Schaffung besonders weiträumiger Verkehrsadern (Bundesautobahnen und Bundesstraßen) und Verkehrszentren (große Plätze und Grünflächen, die dem städtischen Gesamtverkehr dienen) liegt. ²¹⁾ Diese vom Bundesgerichtshof herausgearbeiteten Gesichtspunkte zur Feststellung eines gleichen oder ungleichen Eingriffs sind insbesondere auch wichtig für die oft zweifelhafte Vorfrage, ob die Tatbestände, die zu vergleichen sind, gleich sind, da nur rechtlich gleiche Tatbestände auch gleich behandelt werden können. ²²⁾

20) Siehe BGHZ 15, 268 ff.

21) Vgl. BGHZ 15, 268 ff. (284 ff.); BGHZ 30, 338 ff. (345 ff.) und BVwGE 4, 120 ff. (122 f.)

22) Vgl. dazu Westermann § 28 II 4, S. 119 ff.

Wolff ²³⁾ schließt sich der Ansicht des BGH an; er lehnt die Rückkehr zum "klassischen" Enteignungsbegriff ebenfalls ab, den er auch nicht als Unterart des heutigen Enteignungsbegriffs kennt; er ist aber der Ansicht, daß aus dem auf alle Vermögensrechte ausgedehnten "klassischen" Enteignungsbegriff folge, daß bei totalem Entzug des Vollrechts in jedem Falle eine Enteignung vorliege und insofern keine Abgrenzungsschwierigkeiten auftauchten.

Wolff gibt insbesondere nähere Anhaltspunkte zur leichteren Feststellung einer gleichen oder einer ungleichen Belastung. Eine gleiche Belastung liegt nach ihm vor, "wenn der rechtsfolgebegründende Tatbestand alle Sachverhalte wesentlich gleicher Interessenlagen erfaßt", das ist der Fall, wenn die Rechtsfolge an ein Essentiale (ein wesentliches Merkmal) des Interessengegenstandes anknüpft, das dessen objektiven Wert bestimmt (Gleichheit des Gesetzes bei Allgemeinheit des Sachverhalts); demgegenüber liegt nach seiner Ansicht eine ungleiche Belastung vor, wenn "nicht sämtliche Träger gleicher Interessen, sondern nur einige von ihnen infolge des Hinzutritts besonderer Umstände ohne eigenes Dazutun" ihre Interessen zurückstellen müssen; der Eingriff knüpft dann an akzidentelle (unwesentliche) Merkmale an, die ohne Einfluß auf den objektiven Wert des Interessengegenstandes sind (Gleichheit vor dem Gesetz bei Besonderheit des Sachverhalts). Das in den Enteignungsbegriff eingearbeitete Gleichheitsgebot unterteilt Wolff ausdrücklich in ein formelles und in ein materielles; ²⁴⁾ das formelle Gleichheitsgebot verlangt nach seiner Ansicht, "daß der Tatbestand die daran geknüpfte Rechtsfolge sachlich zu rechtfertigen vermag"; das materielle Gleichheitsgebot erfordert, "daß der Tatbestand des Gesetzes alle Sachverhalte wesentlich gleicher Beschaffenheit erfaßt, also nicht an akzidentelle, sondern an essentielle Momente anknüpft". ²⁵⁾

Auch Scheuner ²⁶⁾ vertritt die materielle Einzeleingriffstheorie des BGH, vermischt sie aber mit anderen Theorien. Er lehnt den "klassischen" Enteignungsbegriff des späten 19. Jahrhunderts scharf ab, da er ein Enteignungsbegriff für eine bestimmte Zeitperiode gewesen sei und nicht mehr als "klassisch" (d. h. allgemeingültig) angesehen werden könne. ²⁷⁾ Bei einer

23) Wolff § 60, S. 316 ff. und § 62, S. 324 ff.

24) Böckenförde (S. 68) regt an, statt formell und materiell die Begriffe formal und material zu verwenden, da die ersteren mehr das Förmliche, Verfahrensmäßige ausdrücken.

25) Vgl. Wolff § 60 I, S. 316 ff. aber auch § 30 I b, S. 126 f.

26) Reinhardt-Scheuner S. 109 ff.

27) Reinhardt-Scheuner S. 84 f. und Scheuner in: DÖV 1954, 587 ff.

vollständigen Entziehung des Sachobjekts oder dessen, das seine eigentliche Substanz ausmacht (zum Beispiel langdauernde Entziehung der vollen Nutzung), liegt nach Ansicht Scheuners aber auch stets eine Enteignung vor.²⁸⁾

Die Grenze zwischen Eigentumsbindung und Enteignung ist nach Scheuners Ansicht fließend.²⁹⁾ Zur Fixierung dieser Grenze geht er von dem Prinzip der Lastengleichheit (Prinzip der gleichmäßigen Beteiligung aller Staatsbürger an den Lasten des Staates) aus;³⁰⁾ ist die Lastengleichheit nicht gewahrt, besteht also Ungleichheit, so liegt Enteignung vor; die Ungleichheit wird deutlich am besonderen Opfer, das infolge des Prinzips der Lastengleichheit auszugleichen ist; als Indiz für ein besonderes Opfer gelten bei ihm nebeneinander der Einzeleingriff, die Tiefe und der Umfang des Eingriffs. Den Gleichheitsbegriff will er in diesem Zusammenhang nicht formell verstanden haben. Ungleich ist seiner Ansicht nach ein Eingriff, der unter Bedingungen des räumlichen oder sachlichen Bedürfnisses zufällig benachteiligt.³¹⁾ Besonders deutlich ist auch das von ihm vertretene materielle Gleichheitsgebot im Zusammenhang mit der Kritik an der Ansicht Dürigs³²⁾ zu erkennen.³³⁾

Weber und v. Mangoldt-Klein gehen ebenfalls von der Einzeleingriffstheorie aus. Weber sieht seine Aufgabe darin, die Einzeleingriffstheorie nicht durch andere Theorien zu verdrängen, sondern sie fortzuentwickeln.³⁴⁾ Nach Weber und v. Mangoldt-Klein erfolgt eine Eigentumsbindung, wenn unter dem Gesichtspunkt der sozialen Verantwortung eine Festlegung der vermögensrechtlichen Herrschafts- und Aktionsmöglichkeiten des einzelnen vorgenommen wird.³⁵⁾

Die Enteignung teilen Weber und v. Mangoldt-Klein in zwei Gruppen, die Enteignung im klassischen Sinne und die Aufopferungsenteignung³⁶⁾ bzw.

28) Reinhardt-Scheuner S. 111

29) Anderer Ansicht: BGHZ 6, 270 ff. (279)

30) Reinhardt-Scheuner bes. S. 74 f.

31) Reinhardt-Scheuner S. 111

32) Dürig hat die Rückkehr zum klassischen Enteignungsbegriff gefordert (siehe JZ 1954, 4 ff.).

33) Scheuner in: DÖV 1954, 587 ff.

34) Weber S. 375

35) Weber S. 347 und v. Mangoldt-Klein Art. 14 Anm. V 1 b, S. 431

36) So: Weber S. 350

die sonstigen Enteignungstatbestände. ³⁷⁾ Die Enteignung im klassischen Sinne ist nach ihrer Ansicht ein Güterbeschaffungsvorgang oder ein hoheitliches Ersatzgeschäft (in der Art des Zwangskaufs nach § 4 I 11 ALR); sie erfolgt für ein konkretes Vorhaben des öffentlichen Wohles und erstreckt sich auf bestimmte Güter oder Rechte, die durch freihändigen Erwerb gar nicht oder nur unter besonderen Schwierigkeiten zu erlangen sind und erfolgt durch Überführung des vollen Eigentums (bzw. der vollen Inanspruchnahme des Rechts) oder durch partielle Inanspruchnahme, die auch eine bloß temporäre Benutzung sein kann (Rechtsentziehung unter Zweckänderung). ³⁸⁾ Eine Aufopferungsenteignung bzw. ein sonstiger Enteignungstatbestand liegen nach ihrer Ansicht vor, wenn nicht Sachgüter oder Rechte für ein bestimmtes Unternehmen angefordert werden, sondern wenn die vermögensrechtliche Rechtsstellung in anderer Weise beeinträchtigt wird. ³⁹⁾ Nur bei der Aufopferungsenteignung bzw. einem sonstigen Enteignungstatbestand treten nach ihrer Ansicht Abgrenzungsschwierigkeiten gegenüber der Eigentumsbindung auf, während bei der klassischen Enteignung eine Abgrenzung nicht erforderlich bzw. bedeutungs- und ergebnislos ist, diese sei scharf genug profiliert. ⁴⁰⁾ Die Abgrenzung soll auch nach ihrer Ansicht mit der Eingriffstheorie und dem Gleichheitssatz erfolgen. Den Gleichheitssatz wollen sie im Anschluß an den BGH rein quantitativ verstanden wissen. ⁴¹⁾ Weiterhin zieht Weber ⁴²⁾ zur Abgrenzung das Merkmal der Zweckentfremdung (die Lösung des Eigentums aus dem bisherigen Zusammenhang und die Zuweisung neuer und fremder Aufgaben) heran; eine Eigentumsbindung erfolgt immer zur Bestimmung und Entfaltung des Eigentums (Zuführung zu eigenen Zwecken), die Enteignung bedeutet dagegen einen Bruch in der Entfaltung des Eigentums. Auch v. Mangoldt-Klein ⁴³⁾ weisen auf weitere Kriterien zur Abgrenzung hin, sie heben besonders das von Reinhardt entwickelte Prinzip der Privatnützigkeit hervor.

37) So v. Mangoldt-Klein Art. 14 Anm. VII vor 1, S. 439, die den Ausdruck von Weber für mißverständlich halten, da er mit dem Aufopferungszwang verwechselbar sei.

38) Weber S. 349 f. und 370 f.; v. Mangoldt-Klein Art. 14 Anm. VII 2, S. 440 f.

39) Weber S. 350 f. und 371 f.; v. Mangoldt-Klein Art. 14 Anm. VII 3 b, S. 442

40) Weber S. 371; v. Mangoldt-Klein Art. 14 Anm. VII 4, S. 443

41) Weber S. 373; v. Mangoldt-Klein Art. 14 Anm. VII 4, S. 443

42) Weber S. 374

43) v. Mangoldt-Klein Art. 14 Anm. VII 4, S. 444

II. Die Kritik an der Einzeleingriffstheorie und ihre Würdigung

Seit jeher ist die Einzeleingriffstheorie heftig angegriffen worden. Als sie vom RG vertreten wurde, lehnte man sie im allgemeinen als zu formell ab. Heute, nachdem der BGH sie zu einer materiellen Theorie weiterentwickelt hat, ist die Kritik keineswegs verstummt.

Stödter meint, ⁴⁴⁾ die vom BGH erfolgte Gleichsetzung der Gegensatzpaare ungleich-gleich und speziell-generell sei aus grundsätzlichen Erwägungen nicht erlaubt. Dürig glaubt, ⁴⁵⁾ daß mit dem Verbot von Individualgesetzen in Art. 19 I 1 GG spezielle Legalenteignungen unmöglich seien und damit der Einzeleingriffstheorie die Grundlage entzogen sei. ⁴⁶⁾ Er ist der Ansicht, daß die Gleichung speziell-ungleich, generell-gleich nicht stimme, weil Legalenteignungen trotz ihres generellen Charakters Enteignungen seien. ⁴⁷⁾ Auch Huber meint, ⁴⁸⁾ daß bei Anwendung der Grundsätze des BGH eine generelle volle Entziehung des Eigentums, ein genereller Eingriff in die Eigentumssubstanz und auch eine Entziehung von Gruppeneigentum, wenn keine willkürliche Ungleichbehandlung erfolge, Eigentumsbindungen sein müßten, was den Grundsätzen in Art. 19 II GG widersprechen würde. ⁴⁹⁾ Huber weist weiter darauf hin, ⁵⁰⁾ daß nach der Theorie des BGH ein relativ leichter Eingriff, sofern er gegen den Gleichheitssatz verstößt, Enteignung sei; dieses Ergebnis hält er für unbillig. Außerdem greift er die Ansicht des BGH an, daß bei gesetzlich gebundenen Akten kein Einzeleingriff vorliege; er meint, Enteignungen (also Einzeleingriffe) erfolgten heute immer als gesetzlich gebundene Verwaltungsakte, ihr Erlass stehe nicht in freiem Ermessen.

Die Kritik am BGH und damit an der materiellen Einzeleingriffstheorie ist weitgehend ungerechtfertigt. Sie beruht vor allem auf einer Verkennung der bei der Einzeleingriffstheorie vertretenen Gleichheitslehre. ⁵¹⁾ ⁵²⁾

44) Stödter in: DÖV 1953, 97 ff. (99)

45) Dürig in: JZ 1954, 4 ff. (7)

46) Ebenso Krüger in: DVBl 1950, 625 ff.

47) Ähnlich auch Forsthoff in: JZ 1952, 627 f.

48) Huber § 69, 5 b, S. 32

49) Ähnlich Schack in: NJW 1954, 578

50) Huber § 69, 5 b, S. 32 f.

51) So auch Reinhardt-Scheuner S. 91 Anm. 64

52) Diese Verkennung des Gleichheitssatzes wird auch besonders deutlich bei der Kritik von Horn (S. 61 ff.) an dem BGH-Beschluß vom 9./10. 6. 1952.

Das Gleichheitsgebot wird im allgemeinen immer mit dem Gerechtigkeitsgebot gekoppelt.⁵³⁾ Beide Begriffe können nur insoweit einander ergänzen, als unter Gleichheit im Recht die gleichmäßige Behandlung aller; ihre relativ gleich starke Beanspruchung verstanden wird, nicht dagegen, wenn es um die Prüfung von Legislativ- oder Exekutivakten am Maßstab der Gerechtigkeit geht. "Gleichheit ist eine partielle Konkretisierung der Gerechtigkeit, nicht die Gerechtigkeit selbst."⁵⁴⁾

Das Gleichheitsgebot kann sich verschiedenartig auswirken, je nachdem, in welchem Bereich es angewandt wird. Man unterscheidet daher das formelle und das materielle Gleichheitsgebot. Das formelle Gleichheitsgebot verlangt, daß der Tatbestand eines Gesetzes die daran geknüpfte Rechtsfolge sachlich zu rechtfertigen vermag. Das materielle Gleichheitsgebot verlangt darüber hinaus, daß der Tatbestand eines Gesetzes alle Sachverhalte wesentlich gleicher Interessenlagen erfaßt. Ein Verstoß gegen die formelle Gleichheit hat die Nichtigkeit des Gesetzes zur Folge, während ein Verstoß gegen die materielle Gleichheit Entschädigungsansprüche auslöst.⁵⁵⁾ Der BGH stellt, wenn auch nicht ausdrücklich, auf das materielle Gleichheitsgebot ab. Ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz liegt nämlich nach seiner Ansicht nicht vor bei einem gleich wirkenden, alle gleich treffenden Eingriff.⁵⁶⁾ Das wird besonders deutlich bei Anwendung der vom BGH entwickelten allgemeinen Grundgedanken auf den dem BGH vorliegenden Fall; die einzelnen Akte der Wohnraumbewirtschaftung belasten nach Ansicht des BGH in ihrer Gesamtheit alle Wohnungsinhaber und Verfügungsberechtigten über Wohnraum gleichmäßig; der Sinn des Gesetzes ist, durch eine Vielzahl von Einzelakten eine gleichmäßige Belastung aller herbeizuführen. In späteren Entscheidungen hat der BGH das materielle Gleichheitsgebot inhaltlich ergänzt und vor allem den Ursprung und Zweck der Regelung in das materielle Gleichheitsgebot einbezogen.⁵⁷⁾ In gleicher Weise geht Wolff vor,⁵⁸⁾ indem er materielle

53) Siehe z.B. BVfGE 8, 51 ff. (68 f.) = NJW 1958, 1131 ff.

54) So; Böckenförde S. 71

55) Vgl. Wolff § 60 I 3, S. 317 und oben § 13 I, S. 37; ähnlich auch Scheuner in: DÖV 1954, 587 ff.

56) Siehe BGHZ 6, 270 ff. (279 f.)

57) Vgl. BGHZ 15, 268 ff. (284 ff.) und BGHZ 30, 338 ff. (345 ff.); allerdings hat in einer neueren Entscheidung der I. Senat des BGH die Gedanken des Großen Senats - BGHZ 6, 270 ff. - nicht beachtet, siehe BGHZ 22, 1 ff. (9 f.) = NJW 1957, 140 ff.

58) Wolff § 60, S. 316 ff. und § 62, S. 324 ff.

Gleichheit annimmt, wenn die Rechtsfolge an ein Essentiale des Interessen-gegenstandes anknüpft, das dessen objektiven Wert bestimmt. Damit hat die materielle Einzeleingriffstheorie letztlich die Gesichtspunkte, die die übrigen materiellen Theorien direkt beim Enteignungsbegriff heranziehen, auf den Gleichheitssatz verlagert, wo sie konkreter faßbar sind. Einen etwas anderen Weg gehen allerdings Weber ⁵⁹⁾ und v. Mangoldt-Klein ⁶⁰⁾; sie beziehen die Merkmale des Ursprungs und Zwecks des Eingriffs nicht in den materiellen Gleichheitssatz ein, sondern stellen sie als Ergänzung neben die Gesichtspunkte der Einzeleingriffstheorie.

Ansätze einer Unterscheidung zwischen formellem und materiellem Gleichheitsgebot finden sich auch in der Entscheidung des BVfG zu der Verfassungswidrigkeit der steuerlichen Absetzbarkeit von Spenden an politische Parteien. ⁶¹⁾ In diesem Urteil wird ein Unterschied gemacht zwischen der üblichen Gleichheit, die es zulasse, daß der wirtschaftlich Leistungsfähigere einen höheren Prozentsatz seines Einkommens als Steuer zahle als der wirtschaftlich Schwächere (formelle Gleichheit), und der Gleichheit im Bereich der politischen Willensbildung, die alle Staatsbürger absolut gleich bewertet (materielle Gleichheit). ⁶²⁾

Für die Abgrenzung von Eigentumsbindung und Enteignung kommt es nur auf die Verletzung der materiellen Gleichheit an; der formellen Gleichheit haben alle Gesetze, ob sie Eigentumsbindungen oder Enteignungen enthalten, ohnehin zu genügen. Die Kritiker der Einzeleingriffstheorie gehen dagegen von der falschen Voraussetzung aus, daß diese Theorie zur Abgrenzung von Eigentumsbindung und Enteignung das formelle Gleichheitsgebot verwendet. Es trifft nämlich nicht zu, daß die Einzeleingriffstheorie die Gegensatzpaare gleich-ungleich und generell-spezifisch gleichsetzt. Eine solche Gleichsetzung wäre nur möglich, wenn zur Abgrenzung das formelle Gleichheitsgebot herangezogen würde. Ein gleicher Eingriff kann, wie aus dem Beschluß des BGH mit aller Deutlichkeit hervorgeht, durch eine generelle Regelung und eine Vielzahl spezieller Akte erfolgen. Ebenso kann umgekehrt ein ungleicher Eingriff durch einen speziellen Akt und auch eine generelle Regelung (zum Beispiel bei Enteignung von Gruppeneigentum) vorgenommen werden. Erfolgt

59) Weber S. 374

60) v. Mangoldt-Klein Art. 14 Anm. VII 2 a, S. 440

61) BVfGE 8, 51 ff. (64 f.) = NJW 1958, 1131 ff.

62) Das BVfG bezeichnet diese materielle Gleichheit als formale Gleichbehandlung.

der ungleiche Eingriff durch Gesetz, so muß er also auch nicht durch eine spezielle Legalenteignung, die nach Art. 19 I GG unzulässig wäre, geschehen. Ein genereller Eingriff kann eben gleich oder ungleich wirken, je nachdem das materielle Gleichheitsgebot verletzt ist oder nicht. Art. 19 I GG läßt sich daher nicht gegen die Einzeleingriffstheorie ins Feld führen.

Auch bei Anwendung der Einzeleingriffstheorie auf generelle Legalenteignungen (die nach Art. 19 I GG zulässig sind) entstehen nicht die Ergebnisse, die die Kritiker aufzeigen. Bei den generellen Legalenteignungen sind solche zu unterscheiden, die gleich wirken, und solche, die ungleich wirken (zum Beispiel bei Enteignung von Gruppeneigentum). Die letzteren können schon nach der Einzeleingriffstheorie als Enteignungen festgestellt werden. Die ersteren sind nach Art. 19 II GG zu beurteilen. Nach Ansicht des BGH macht eine Überschreitung der in Art. 19 II GG gezogenen Grenzen den gesetzgeberischen Akt nichtig, so daß der rechtswidrige Einzelvollzug des nichtigen Gesetzes enteignungsgleich wirken kann, es liegt dann also keine Enteignung, wohl aber ein enteignungsgleicher Eingriff vor.⁶³⁾ Im Schrifttum wird eine ähnliche Ansicht vertreten, nach ihr sind die Grenzen zwischen Eigentumsbindung und Enteignung fließend, so daß eine Eigentumsbindung (also ein Eingriff, der alle gleich trifft) in eine Enteignung umschlägt, wenn die Voraussetzungen von Art. 19 II GG vorliegen.⁶⁴⁾ Art. 19 II GG ist eine Schranke für jedes Grundrecht, er gewährleistet aber nur das Eigentum als Rechtseinrichtung, nicht dagegen das subjektive öffentliche Recht des einzelnen.⁶⁵⁾ Generelle Legalenteignungen, die gleich wirken (sich also nicht auf Gruppeneigentum beziehen), können nur so umfassend sein, daß sie das Eigentum als Rechtseinrichtung antasten; Art. 19 II GG greift also in diesen Fällen ein. Das hat zur Folge, daß das Gesetz nichtig ist, der Einzelvollzug des Gesetzes kann sich dann als enteignungsgleicher Eingriff auswirken (oder als Enteignung, wenn man diesen Begriff als Oberbegriff ansieht, wie es wohl Scheuner tut⁶⁶⁾). Eine Legalenteignung, die gleich wirkt, ist also schon über Art. 19 II GG entschädigungspflichtig, die Einzeleingriffstheorie braucht daher auf sie nicht anwendbar zu sein.

63) BGHZ 6, 270 ff. (279); BGHZ 15, 268 ff. (272) und BGHZ 30, 338 ff. (340); ebenso v. Mangoldt-Klein Art. 14 Anm. VII 7 f; S. 448; siehe auch Haas S. 43

64) So; Reinhardt-Scheuner S. 109; siehe aber auch Ipsen VDStRL 10 (1952), S. 94 f.; Stödter in: DÖV 1953, 138 und Schack in: NJW 1954, 579, Fußn. 30

65) Siehe v. Mangoldt-Klein Art. 14 Anm. V 1 d, S. 433 und Art. 19 Anm. V 2, S. 554 f. mit weiteren Nachweisen; a.A. z.B. auch Kremer S. 43 ff.

66) Siehe Reinhardt-Scheuner S. 109

Umgekehrt sind äußerst geringfügige Einzeleingriffe ohne nennenswerte Belastungen schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, wie dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung (Treu und Glauben), die auch im öffentlichen Recht uneingeschränkte Gültigkeit haben, ⁶⁷⁾ entschädigungslos zu dulden. Eine Entschädigung entfällt also in solchen Fällen; die Kritik Hubers ist daher auch in diesem Punkt unbegründet. Zuzugeben ist Huber allerdings, daß den Ausführungen des BGH, soweit sie das Gegensatzpaar gleich-ungleich mit gebundenen und freien Verwaltungsakten gleichsetzen, nicht zugestimmt werden kann. Auch gebundene Verwaltungsakte können, wenn sie auf einer Regelung beruhen, die an akzidentelle Momente anknüpft, ungleich wirken. Da der BGH neben der Heranziehung der gebundenen Verwaltungsakte als Indiz für eine gleichmäßige Belastung besondere Betonung auf die allgemeine Wirkung der Summe der Einzelakte legt, fällt diese abzulehnende Ansicht des BGH nicht ins Gewicht.

Zusammengefaßt ergibt sich nunmehr folgendes Bild. Die Einzeleingriffstheorie ist grundsätzlich auf alle Fälle der Abgrenzung von Eigentumsbindung und Enteignung anwendbar. Eine Ausnahme bilden nur zwei Grenzfälle, die generelle und gleich wirkende Legalenteignung, soweit eine vollständige Entziehung des Eigentums bzw. eine Entziehung dessen, was die eigentliche Substanz des Eigentums ausmacht, erfolgt, und äußerst geringfügige Einwirkungen ohne nennenswerte Belastungen; diese liegen an den beiden Endpunkten (den Polen) der Theorie und sind schon nach allgemeinen Gesichtspunkten (Art. 19 II GG und § 242 BGB in entsprechender Anwendung) klar einzuordnen, auf sie braucht daher eine Theorie keine Antwort zu geben. Die Kritik an der Einzeleingriffstheorie beschränkt sich aber fast ausschließlich auf die nicht annehmbaren Lösungen der beiden Grenzfälle. Dieser Kritik fehlt die Grundlage; die Einzeleingriffstheorie ist für beide Grenzfälle völlig entbehrlich; dafür führt sie in allen anderen Fällen reibungslos und sicher zu annehmbaren und billigen Ergebnissen.

III. Die Anwendung der Einzeleingriffstheorie auf die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung

Nunmehr sind die oben herausgearbeiteten Gesichtspunkte zur Abgrenzung von Eigentumsbindung und Enteignung auf die Grundabtretung anzuwenden. Zunächst soll nur der Normalfall, also die erzwungene Grundabtretung

67) Vgl. Wolff § 25 I a, S. 92 f. und Forsthoff § 9, S. 155 f.

zur Benutzung, im Vordergrund stehen. 68)

Die entscheidende Frage ist, ob die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung unter Verletzung des materiellen Gleichheitsgebots erfolgt, ob der Gesetzgeber die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung an ein Essentiale des Grundbesitzes anknüpft, das dessen objektiven Wert bestimmt, oder ob nicht alle Grundbesitzer gleich, sondern nur einige von ihnen infolge des Hinzutritts besonderer Umstände, die von außen kommen, also infolge akzidenteller Momente, ungleich belastet werden.

1. Der zu vergleichende Kreis von Rechtsträgern

Zunächst ist problematisch, welcher Kreis von Rechtsträgern als Vergleichsmaßstab dienen soll. In diesem Zusammenhang ist die Frage der Situationsgebundenheit von besonderer Bedeutung. 69) Unter Situationsgebundenheit versteht der BGH in seinem "Grünflächenurteil" 70), ausgehend von dem Beschluß des Großen Senats vom 9./10. 6. 1952 71), daß "nur die Personengruppen verglichen werden können, die sich in der grundsätzlich gleichen Situation befinden", da der Gleichheitssatz nur "gegen ungleiche Behandlung bei im wesentlichen gleicher tatsächlicher Lage" schützt. Daraus ergibt sich, daß die zu vergleichenden Personengruppen auch nach dem materiellen Gleichheitsgebot zu ermitteln sind. Alle, die sich in gleicher Situation befinden, können untereinander verglichen werden, ein Vergleich soll dagegen nicht stattfinden mit denjenigen, die sich in einer anderen Situation befinden. Für den Grünflächenfall bedeutet das, daß das streitige Grundstück nur verglichen werden kann mit "seinesgleichen", also nur mit Grundstücken der gleichen Gegend, die alle ins Grünflächenverzeichnis aufgenommen worden sind; das streitige Grundstück kann dagegen nicht verglichen werden mit einem in der Bauordnung einer Stadt ausgewiesenen Baugrundstück, weil sich ein solches Grundstück in einer anderen (ungleichen) Situation befindet.

68) Besonders behandelt werden die erzwungene Grundabtretung zu Eigentum - siehe unten § 15 I u. II, S. 60 f. -, die erzwungene Grundabtretung zu Schürfzwecken - siehe unten § 15 III, S. 61 f. - und die Grundabtretung durch gütliche Einigung - siehe unten § 20, S. 92. ff. -

69) Vgl. Wolff, § 62 III b 2, S. 330 und auch Westermann § 28 II 4 c, S. 119

70) BGHZ 23, 30 ff. = NJW 1957, 538 f.

71) BGHZ 6, 270 ff. = NJW 1952, 972 ff.

Die vom BGH im Grünflächenurteil erarbeiteten Gesichtspunkte gehen in der späteren Anwendung auf den Einzelfall etwas unter; es wird mehr darauf abgestellt, daß die Eintragung ins Grünflächenverzeichnis den Eigentümer nicht beeinträchtigt, da alle bisherigen Befugnisse ungeschmälert erhalten bleiben und sich lediglich die spekulative Erwartung des Eigentümers, das landwirtschaftliche Grundstück könne zu einem Baugrundstück werden, nicht erfüllt; diese Gesichtspunkte können bei der erzwungenen Grundabtretung nicht herangezogen werden, weil bei ihr die bisherige Nutzung nicht ungeschmälert erhalten bleibt.

Ausgangspunkt für die Bestimmung des Kreises der zu vergleichenden Rechts-träger muß die Situationsgebundenheit bleiben, aber nicht als Schlagwort (indem man Situationsgebundenheit mit Eigentumsbindung gleichsetzt), sondern als Begrenzung des Kreises von Rechtsträgern, die untereinander nach dem materiellen Gleichheitssatz verglichen werden können. Bei der erzwungenen Grundabtretung zur Benutzung erhebt sich nun die Frage, ob alle Grundbesitzer (im Geltungsbereich des ABG) die anzuwendende Vergleichsgrundlage bilden, oder ob der Kreis der Grundbesitzer nach bergbaulichen Momenten enger gezogen werden kann (zum Beispiel auf eine Lagerstätte oder auf das Gebiet einer modernen Schachanlage - etwa sechs Normalfelder -). Ein Blick auf die Interessenlage zeigt, daß sich zwei völlig selbständige, absolute Rechte gegenüberstehen. Aus diesem Grund sind die Interessen des Bergbaues zwar vom Grundbesitz zu respektieren, sie sind aber dem Grundbesitz selbst nicht wesentlich und nicht innerlich adäquat. Der Bergbau ist für den Grundbesitz in Bezug auf dessen Wert indifferent; ebenso wird auch umgekehrt der objektive Wert des Bergbaues nicht vom Grundbesitz bestimmt. Der Bergbau bedeutet daher für den Grundbesitz ein zufällig von außen hinzutretendes (also ein akzidentelles) Moment. Diese Betrachtungsweise ergibt sich auch insbesondere aus dem geschichtlich gewachsenen nachbarlichen Verhältnis von Bergbau und Grundbesitz. Eine nachbarliche Rücksichtnahme setzt voraus, daß sie jeweils im Interesse des anderen und nicht im eigenen Interesse erfolgt. Der Eingriff muß daher für den Grundbesitzer von außen kommen, sonst wäre eine nachbarliche Rücksichtnahme nicht denkbar; wenn der Eingriff nämlich wesensmäßig aus dem Interessenkreis des Grundbesitzers käme, würden eigene Interessen verfolgt, es würde aber nicht auf Interessen des Nachbarn (also des Bergbautreibenden) Rücksicht genommen.

Auch wenn man die Nachbarschaft rein örtlich sieht, sind alle Grundbesitzer allen Bergbautreibenden (im Geltungsbereich des ABG) gegenüberzustellen. Bei Grundstücken untereinander erstreckt sich die Nachbarschaft nicht nur

auf die an ein Grundstück angrenzenden Grundstücke, sondern auf einen Grundstückskomplex, eine Gegend; die Grundstücke einer solchen Gegend sind auch regelmäßig in der gleichen Situation. Überträgt man diese Gesichtspunkte auf das Verhältnis von Bergbau und Grundbesitz, so zeigt sich, daß die (örtliche) Nachbarschaft zwischen ihnen allgegenwärtig ist; überall (im Geltungsbereich des ABG) ist Bergbau möglich, überall kann Bergwerkseigentum verliehen werden, und überall besteht Oberflächen-eigentum, das mit dem Bergbau kollidieren kann.

Als Vergleichsgrundlage muß deshalb der Grundbesitz schlechthin gelten; eine Abgrenzung des Kreises der Grundbesitzer (insbesondere nach bergbau-lichen Elementen) ist nicht möglich, es würde sonst eine ungleiche Differenzierung vorgenommen, und damit würde es auch an einer jeweils gleichen Situation der beiden Vergleichsgruppen (Bergbautreibende und Grundbesitzer) fehlen.

2. Der Ansatzpunkt der Einzeleingriffstheorie und die Auseinandersetzung mit der Ansicht von Schulte

Neuerdings hat Schulte ⁷²⁾ nachzuweisen versucht, daß die erzwungene Grundabtretung auch heute noch unter der Herrschaft des Bonner Grundgesetzes bei Berücksichtigung der Gesichtspunkte des Beschlusses des Großen Senats für Zivilsachen des BGH vom 9./10. 6. 1952 ⁷³⁾ eine Eigentumsbindung sei.

Schulte geht von der dem Bergwerkseigentum entspringenden Befugnis zur Grundabtretung aus; er betrachtet die Bestimmungen über die Grundabtretung als Normen, die das nachbarschaftliche Verhältnis zweier Sachenrechte abgrenzen; der Grundabtretungsanspruch ist für Schulte ein immanenter Bestandteil des Bergwerkseigentums, dem beim Grundeigentum in korrespondierender Weise die Pflicht zur Duldung und Erfüllung der Grundabtretung gegenübersteht. ⁷⁴⁾ Aus der dem Bergwerkseigentum immanenten Duldungspflicht, die alle Grundeigentümer treffe, folgert Schulte, die erzwungene Grundabtretung sei ein Fall der Eigentumsbindung. Schultes Schlußfolgerung beruht demnach auf dem Gedanken, daß der Grundabtretungsanspruch ein privatrechtlicher Anspruch im Sinne von § 194 BGB sei ⁷⁵⁾ und daß dieser Anspruch

72) Schulte S. 23 ff.

73) BGHZ 6, 270 ff.

74) Vgl. Schulte bes. S. 26 u. 33

75) Schulte sagt das nicht ausdrücklich, es zeigt sich jedoch deutlich an den Beispielen, die er auf S. 26 gibt.

alle Grundbesitzer gleichmäßig belaste, ebenso wie es der BGH für die Eigentumsbindung in seinem Beschluß vom 9./10. 6. 1952 fordere.

Der Gedanke, daß die erzwungene Grundabtretung eine Eigentumsbindung sei, weil ein nachbarschaftliches Verhältnis zweier kollidierender Sachenrechte vorliege, das durch die Bestimmungen über die Grundabtretung lediglich abgegrenzt werde, ist nicht neu; er wurde schon vor Schulte, allerdings mehr beiläufig, im Zusammenhang mit den von Voelkel aufgestellten Gesichtspunkten erwähnt. ⁷⁶⁾ Dieser Gedanke hätte aber nur dann Bedeutung, wenn Eigentumsbindung und Enteignung danach unterschieden werden könnten, ob der Anspruch auf einem subjektiven Privatrecht oder auf einem subjektiven öffentlichen Recht beruht. Die Untersuchungen über die Stellung von Art. 14 GG in unserem Eigentums- und Enteignungssystem haben gezeigt, daß jede verfassungskonforme Gesetzesbestimmung über das Eigentum unter Art. 14 GG fällt, daß also kein Unterschied zwischen privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Beeinträchtigungen gemacht werden kann. ⁷⁷⁾ Demnach können Eigentumsbindung und Enteignung auch nicht danach unterschieden werden, ob ein privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Anspruch vorliegt. Aus der Tatsache, daß im Bereich der Grundabtretung zwei Sachenrechte miteinander kollidieren, kann also nichts für eine Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung gewonnen werden.

In diesem Zusammenhang betont Schulte auch ⁷⁸⁾, daß die Grundabtretung rechtmäßig sei und damit kein Sonderopfer für die Allgemeinheit mit sich bringe, also keine Enteignung sei. Diesem Gedanken kann ebenfalls nicht zugestimmt werden; eine Enteignung ist, wenn die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Art. 14 III GG vorliegen, ebensogut rechtmäßig wie die von ihm angenommene Pflichtenbindung. ⁷⁹⁾

Weiterhin kann seiner Ansicht, daß Grundabtretung, Notwegrecht und Überbau gleichzustellen seien, nicht gefolgt werden. Grundabtretung und Notwegrecht erfolgen durch rechtmäßige Eingriffe, während der zu dulden-
de Überbau durch einen objektiv rechtswidrigen Eingriff entsteht, so daß er in diesem Zusammenhang auszuscheiden hat.

76) Vgl. Boldt, Vorbem. vor § 135 Anm. 3 und Isay II § 135 Anm. I (A I)

77) s. oben § 12 S. 32 f.

78) Vgl. Schulte S. 26

79) Zur Rechtmäßigkeit siehe Stödter S. 180

Auch hat Schulte den Beschluß des BGH vom 9./10. 6. 1952 dadurch, daß er auf die Duldungspflicht abstellt, in einer Weise aufgefaßt, gegen die erhebliche Bedenken vorzubringen sind. Schulte stellt nicht auf die tatsächliche gleichmäßige Belastung aller ab, sondern darauf, ob die gesetzliche Regelung alle erfassen kann; er geht also bei der Anwendung des Gleichheitssatzes nicht von den tatsächlich nach § 142 ABG realisierten Fällen der Grundabtretung aus, sondern von der Duldungspflicht. Die Duldungspflicht läßt lediglich den Grundabtretungsanspruch entstehen, nicht aber schon das Benutzungsrecht oder das Eigentum. Die Konkretisierung des Anspruchs, die dem Bergbaubetriebenden das Recht gibt, tatsächlich auf das betroffene Grundstück einzuwirken, erfolgt erst durch die Entscheidung nach § 142 ABG.^{80) 81)} Ob auf den Anspruch im Gesetz (Duldungspflicht) oder auf die tatsächlich realisierten Fälle der erzwungenen Grundabtretung abzustellen ist, ergibt sich aus dem materiellen Gleichheitsgebot. Das materielle Gleichheitsgebot verlangt, daß der Tatbestand eines Gesetzes alle Sachverhalte wesentlich gleicher Interessenlagen erfaßt⁸²⁾; gemeint ist damit die tatsächliche konkrete Auswirkung, nicht die Erfassung durch die Gesetzesnorm; dadurch wird lediglich das formelle Gleichheitsgebot - der Tatbestand eines Gesetzes hat die daran geknüpfte Rechtsfolge sachlich zu rechtfertigen - erfüllt. Diese Auslegung wird besonders deutlich an dem Beschluß des BGH über die Wohnraumbewirtschaftung⁸³⁾; dort stellt der BGH auch auf die tatsächliche Auswirkung ab, die dort nicht durch den gesetzlichen Anspruch, sondern durch eine Vielzahl von Verwaltungsakten erfolgt. Damit soll allerdings nicht gesagt werden, daß die tatsächliche Auswirkung nicht durch Gesetz erfolgen kann; es ist vielmehr durchaus denkbar, daß der Eingriff bereits unmittelbar durch Gesetz erfolgt, das Gesetz also nicht lediglich einen Anspruch gibt, der Grundlage ist für Verwaltungsakte.

Bei der erzwungenen Grundabtretung kann demnach das materielle Gleichheitsgebot als wichtigstes Unterscheidungsmerkmal zwischen Eigentumsbindung und Enteignung nur in der Weise angewandt werden, daß der

80) Sie erfolgt in Nordrhein-Westfalen durch Beschluß des Oberbergamtes im Einvernehmen mit dem Regierungspräsidenten, siehe § 6 Abs. 2 in Verb. mit Ziffer 122 der Anlage 2 des ersten Vereinfachungsgesetzes für NW vom 23. Juli 1957 - GVBl S. 189 ff. -

81) Ebenso auch Voelkel - siehe in: ZfB 51, 45 ff. (59 f.) und Grundzüge S. 146 (XV B 1) - und alle die seiner Meinung gefolgt sind, neuerdings auch Schulte - vgl. S. 33 f. -

82) Siehe im einzelnen oben § 13 II, S. 40 ff.

83) Vgl. BGHZ 6, 270 ff. (284 f.) und oben § 13 II, S. 41 f.

gesamte Grundbesitz den tatsächlich in Anspruch genommenen Grundstücken gegenübergestellt wird.⁸⁴⁾

3. Die Abgrenzungsgesichtspunkte der Einzeleingriffstheorie, angewandt auf die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung.

Vergleicht man den gesamten Grundbesitz mit den Grundstücken, die nach erfolgtem Grundabtretungsverfahren (einschließlich der durch gütliche Einigung nach § 142 ABG erlangten Benutzungsrechte) tatsächlich vom Bergbau in Anspruch genommen werden, so drängt sich das Ergebnis ohne weiteres auf; vom Bergbau werden nur wenige Grundstücke auf Grund eines erfolgten Grundabtretungsverfahrens benutzt, es besteht also keine gleichmäßige Belastung aller Grundbesitzer durch den Bergbau. Die Grundabtretung wirkt demnach ungleich. Das wird noch deutlicher, wenn man Fälle von Eigentumsbindung und Enteignung, die in der Rechtsprechung eine besondere Rolle gespielt haben, der Grundabtretung gegenüberstellt und dabei auch im Rahmen des materiellen Gleichheitsgebots den Ursprung und den Zweck des Eingriffs berücksichtigt.

Die Erfassungs- und Zuweisungsmaßnahmen der Wohnungsämter (also die einzelnen Verwaltungsakte) nach dem Wohnungsgesetz⁸⁵⁾ sieht der BGH als Eigentumsbindung an, da die Einzelakte erlassen werden, um die Gleichheit aller zu wahren; durch eine Summe von Einzelakten wird im großen und ganzen also eine gleichmäßige Verteilung von Wohnraum erreicht, so daß alle Wohnungsinhaber im Sinne des materiellen Gleichheitsgebots in etwa gleichmäßig mit Wohnraum versorgt sind.⁸⁶⁾ Bei der Grundabtretung zur Benutzung ist es gerade umgekehrt; die Summe der Benutzungsrechte hat nach dem ABG nicht die Aufgabe, die Gleichheit aller Grundbesitzer zu

84) Im Ergebnis ebenso Kremer S. 77 und in: ZfB 99, 409 ff. (413 f.)

85) Das Wohnungsgesetz (Kontrollratsgesetz Nr. 18 vom 8. März 1946) ist inzwischen von dem Wohnraumbewirtschaftungsgesetz abgelöst worden (siehe § 36 WohnBewG in der Fassung vom 31. März 1953)

86) Vgl. BGHZ 6, 270 ff. (283 ff.) Inwieweit die Ausführungen des BGH heute noch bei der Wohnraumbewirtschaftung (infolge der großen Anzahl frei vermietbarer Wohnungen) zutreffen, nachdem auch inzwischen die gesamte Wohnraumbewirtschaftung erheblich gelockert ist, hat in diesem Zusammenhang keine Bedeutung; es kommt hier nur auf die Gedanken des BGH zur Einzeleingriffstheorie und ihre damalige Anwendung auf das Wohnungsgesetz an.

wahren. Das nach erfolgter Grundabtretung gemäß § 142 ABG entstandene Benutzungsrecht wirkt weder gleich, noch trifft es alle Grundbesitzer tatsächlich gleich; es werden von ihm vielmehr nur einige Grundbesitzer betroffen.

Auch an den Bausperrenurteilen des BGH ⁸⁷⁾ wird besonders deutlich, unter welchen Umständen ein gleicher Eingriff vorliegt, der auf der wertbestimmenden Beschaffenheit des Objekts beruht. Bausperren werden regelmäßig verhängt, wenn Baupläne in Vorbereitung sind, sie sollen die Planung sichern, die durch Bauvorhaben während der Planung gestört würden. Diese Bausperren können auf örtlichen oder auf überörtlichen Gesichtspunkten beruhen. Sie sind Eigentumsbindung, wenn sie örtlich bedingt und zeitlich unbedingt notwendig sind ⁸⁸⁾, dann haben sie ihren Ursprung in der Örtlichkeit, der sie letztlich mit der in Planung befindlichen Bauordnung zugute kommen sollen; der Eingriff beruht also auf einem essentiellen Moment und erfüllt damit das materielle Gleichheitsgebot. Hat die Bausperre dagegen überörtlichen Ursprung, weil Objekte, die im Allgemeininteresse liegen, die Planung bestimmen, zum Beispiel wenn weiträumige Verkehrsadern (Bundesautobahnen und Bundesstraßen), große Verkehrszentren mit überörtlicher Bedeutung (Flughäfen, große Plätze und Grünflächen) oder bergbauliche Interessen ⁸⁹⁾ in die Planung einbezogen werden, so liegt eine Enteignung vor. In diesen Fällen soll die Bausperre nicht den betroffenen Grundeigentümern zugute kommen, sondern der Allgemeinheit; der Ursprung der Bausperre kommt also für die betroffenen Grundeigentümer von außen, es sind deshalb akzidentelle Momente, die zu der Bausperre führen; der Eingriff ist daher ungleich und eine Enteignung. ⁹⁰⁾

Ebenso wie bei vorübergehenden Bausperren ist es auch bei dauernden Baubeschränkungen. Wird für alle Grundstücke gleicher Lage offene zweigeschossige Bauweise vorgeschrieben und hat diese Regelung allein ihren Ursprung in dem Gebiet, dem sie zugute kommen soll, so liegt eine Eigentumsbindung vor. Erfolgt dagegen die Baubeschränkung (nur zweigeschossige Bauweise) zugunsten eines in der Nähe liegenden Flughafens, so liegt der Ursprung der Regelung außerhalb des betroffenen Gebietes; der Eingriff knüpft dann an ein

87) Siehe BGHZ 15, 268 ff. und BGHZ 30, 338 ff.

88) Nach BGHZ 30, 338 ff. (347 ff.) können die Planungsarbeiten in spätestens drei Jahren abgeschlossen werden.

89) Vgl. dazu Kleffner S. 118 ff.

90) Vgl. BGHZ 15, 268 ff. (284 ff.) und BGHZ 30, 338 ff. (345 ff.)

akzidentelles Moment an und ist deshalb eine Enteignung. ⁹¹⁾

Stellt man diese Beispiele der erzwungenen Grundabtretung zur Benutzung gegenüber, so wird deutlich, daß die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung nicht ihren Ursprung im Grundbesitz hat und auch keineswegs irgendwie dem Grundbesitzer zugute kommt oder der Entfaltung des Grundbesitzes dient. Vielmehr kommt der Eingriff für den betroffenen Grundbesitzer ebenso wie eine überörtliche Bausperre oder eine Baubeschränkung zugunsten eines Flughafens von außen. Der Eingriff hat für den betroffenen Grundbesitzer die Bedeutung eines zufälligen (akzidentellen) Momentes. Er beruht nicht auf der wertbestimmenden Beschaffenheit des Grundbesitzes, sondern darauf, daß der Bergbautreibende das Grundstück für seinen Bergbau benötigt, also eine Zweckentfremdung stattfindet. Der Eingriff ist daher ungleich, er ist eine Enteignung. ^{92) 93)}

Kremer, der den Einfluß des grundgesetzlichen Eigentumsschutzes auf das ABG behandelt, beschäftigt sich zusammen mit dem Verfassungsschutz hinsichtlich der Grundeigentümermineralien und dem Verhältnis von Grundgesetz und Bergschaden u. a. auch mit der Grundabtretung. ⁹⁴⁾ Kremer geht von dem Beschluß des Großen Senats vom 9./10. 6. 1952 ⁹⁵⁾ aus und kommt

91) Vgl. Wolff § 60 I b 3, S. 317 f.

92) In der Grundabtretung sehen unter Beachtung der heute herrschenden Auslegung von Art. 14 GG eine Enteignung: Isay, Geist S. 32 (mittelbar auch im Entwurf, S. 98 ff.); Gieseke S. 43; BVwG in: ZfB 101, 89 ff. (92 f.) und LVG Münster in: ZfB 100, 316 ff. (319); vgl. aber auch Kleffner S. 128 ff., der eine Vorstufe der Grundabtretung, nämlich die planerisch ausgewiesenen Bauverbote, die zur Sicherung von Gelände für eine künftige Grundabtretung dienen, als Enteignung ansieht.

93) Ebenso ist es beim Notwegrecht, was nur kurz skizziert werden soll. Das Notwegrecht trifft bei Anwendung des materiellen Gleichheitsgebots nicht alle Grundeigentümer, sondern nur einige. Das Notwegrecht knüpft nicht an ein Essentiale des betroffenen Grundstücks an, das dessen objektiven Wert bestimmt, sondern an einen Umstand, der von außen kommt; der Ursprung des Notwegrechts liegt im Nachbargrundstück (Fehlen einer notwendigen Verbindung zu einem öffentlichen Weg) und nicht in dem in Anspruch genommenen Grundstück; das Notwegrecht wirkt daher ebenfalls ungleich.

94) Vgl. Kremer S. 75-79 und in: ZfB 99, 409 ff. (412 ff.)

95) BGHZ 6, 270 ff.

dann zu dem Ergebnis, daß die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung eine Enteignung sei. Bei Behandlung des Beschlusses des Großen Senats stellt er aber m. E. zu sehr auf die den Grundbesitzer treffenden Vermögensnachteile ab und unterläßt es weitgehend, die Grundgedanken des Beschlusses herauszuarbeiten; dann hätte er dazu kommen müssen, daß es allein darauf ankommt, ob ein gleicher oder ungleicher Eingriff nach dem materiellen Gleichheitsprinzip vorliegt. Außerdem fehlt auch eine Auseinandersetzung mit dem materiellen und formellen Gleichheitsgebot, die gerade in diesem Zusammenhang unerlässlich ist.⁹⁶⁾ Kremer ist voll und ganz zuzustimmen, wenn er ausführt, der Eingriff erfolge bei der erzwungenen Grundabtretung zur Benutzung nicht schon durch Gesetz, sondern erst durch den späteren Verwaltungsakt; trotzdem hat man den Eindruck, daß er diesen Umstand als Indiz dafür wertet, daß eine Enteignung vorliegt.⁹⁷⁾ Gerade diese Frage kann aber nur der Ansatzpunkt für einen Vergleich nach dem materiellen Gleichheitsgebot sein, hat aber für die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung keinerlei Bedeutung, da eine Enteignung auch durch Gesetz erfolgen kann. Kremer geht bei seinen Ausführungen außerdem nicht auf den Kreis der zu vergleichenden Rechtsträger ein. Insgesamt hat Kremer zwar die wichtigsten Gesichtspunkte zur Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung bei der erzwungenen Grundabtretung gesehen, sie aber nicht erschöpfend genug behandelt.

Schließlich ist auch zu bedenken, daß das zur Abgrenzung von Eigentumsbindung und Enteignung herangezogene materielle Gleichheitsgebot aus dem Gerechtigkeitsgebot abgeleitet wird und als partielle Konkretisierung der Gerechtigkeit anzusehen ist.⁹⁸⁾ Daraus ergibt sich, daß, wenn man Eigentumsbindung und Enteignung nach dem materiellen Gleichheitsgebot unterscheidet, nur für die Enteignung eine Entschädigungsleistung als gerechter Ausgleich für den Eingriff anzusehen ist. Die Eigentumsbindung dagegen ist, weil sie alle Träger gleicher Interessen materiell gleich trifft, gerechterweise ohne Entschädigung hinzunehmen, obwohl eine Entschädigung gezahlt werden kann und nicht etwa nach Art. 14 GG nichtig ist (wie es im umgekehrten Fall der Enteignung bei Ausschluß der Entschädigung wäre). Es erfolgt dann aber eine Zahlung, die eigentlich nicht mehr die Bezeichnung Entschädigung verdient, für solch eine Zahlung müßte dann eine andere Rechtfertigung gefunden werden. Diesen Weg gehen die Vertreter der Ansicht, die Eigen-

96) Vgl. auch Kremer S. 57 ff.

97) Vgl. Kremer S. 76

98) Siehe oben § 13 II, S. 41

tumsbindung annehmen, aber nicht, sie sehen die Zahlung an den Grundbesitzer als Entschädigung an, obwohl eine Entschädigung begrifflich eigentlich nur in den Bereich der Enteignung gehört. Auch dieser Punkt sollte bei der Beurteilung, ob die Grundabtretung eine Eigentumsbindung oder eine Enteignung ist, berücksichtigt werden. ⁹⁹⁾

Nach den Abgrenzungsgesichtspunkten von Weber und v. Mangoldt-Klein ist die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung ebenfalls als Enteignung anzusehen. Sie bekennen sich auch zur materiellen Einzeleingriffstheorie, unterteilen die Enteignung aber in Enteignungen im klassischen Sinn und in sonstige Enteignungstatbestände. Sie wenden die Einzeleingriffstheorie im allgemeinen nur zur Abgrenzung von Eigentumsbindung und sonstigen Enteignungstatbeständen an, weil sie meinen, daß die klassische Enteignung bereits so scharfe begriffliche Konturen habe und gegenüber der Eigentumsbindung so klar abgegrenzt sei, daß die Einzeleingriffstheorie in diesem Bereich so gut wie bedeutungs- und ergebnislos sei. ¹⁰⁰⁾ Sie schalten die Einzeleingriffstheorie also bei der Abgrenzung der klassischen Enteignung nicht aus, da ja auch bei ihr ein Einzeleingriff vorliegen muß, halten sie aber für überflüssig. Sie würden daher zunächst prüfen, ob die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung ein Fall der klassischen Enteignung sei; erst wenn sie das verneinen müßten, würden sie mit Hilfe der Einzeleingriffstheorie untersuchen, ob Eigentumsbindung oder ein sonstiger Enteignungstatbestand vorliegt. Bei der erzwungenen Grundabtretung zur Benutzung scheint mir dieser Weg nicht zweckmäßig zu sein. Die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung greift nicht nach dem ganzen Eigentum, sondern erfaßt es nur teilweise, sie leitet außerdem den Grundabtretungsanspruch aus einem absoluten Recht - dem Bergwerkseigentum - ab, das gleichwertig neben dem Grundeigentum steht. Diese Punkte haben schon früher erhebliche Schwierigkeiten bei ihrer Eingruppierung gemacht, sie spielen auch heute noch dieselbe Rolle, so daß man meines Erachtens bei der Grundabtretung nicht auf die Anwendung der Einzeleingriffstheorie verzichten kann. Bei der Anwendung der Einzeleingriffstheorie ergeben die Ansichten von Weber und v. Mangoldt-Klein keine Abweichung zu den bisherigen Ausführungen. Weber und v. Mangoldt-Klein ziehen aber zusätzlich zum materiellen Gleichheitsgebot noch weitere Gesichtspunkte zur Abgrenzung heran. Weber sieht in der Enteignung einen Bruch in der Entfaltung des Eigentums und eine Zuweisung neuer und fremder Aufgaben. Diese Voraussetzungen liegen bei der erzwungenen Grundabtretung

99) Im Ergebnis ähnlich Kremer S. 54

100) Siehe oben § 13 I, S. 38 f

zur Benutzung vor, die bisherige Nutzung des Grundstücks wird durch sie wenigstens teilweise aufgehoben und insoweit bergbaulichen Zwecken zugeführt. Diese bergbaulichen Zwecke sind für das Grundstück infolge der rechtlichen Selbständigkeit von Grundeigentum und Bergwerkseigentum fremde Zwecke, sie sind nicht dem Grundstück immanent. v. Mangoldt-Klein betrachten außerdem als zusätzlichen Abgrenzungsgesichtspunkt das von Reinhardt entwickelte Prinzip der Privatnützigkeit; dieses soll unten als besondere Abgrenzungstheorie behandelt werden. Ob die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung nach den Gesichtspunkten von Weber und v. Mangoldt-Klein auch eine Enteignung im klassischen Sinne ist, erscheint allerdings fraglich; sie kann aber als Güterbeschaffungsvorgang oder als hoheitliches Ersatzgeschäft angesehen werden, da es möglich ist, sie vertraglich einzuräumen.

Aus der Anwendung des materiellen Gleichheitsgebotes und der weiteren Abgrenzungsgesichtspunkte ergibt sich, daß die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung auch unter der teilweise abweichenden Ansicht von Weber und v. Mangoldt-Klein eine Enteignung ist.

§ 14. Die übrigen Abgrenzungstheorien

Neben der Einzeleingriffstheorie werden in der Literatur noch weitere Abgrenzungstheorien vertreten, die aber an Bedeutung verloren haben, seitdem sich die Einzeleingriffstheorie auf das materielle Gleichheitsgebot stützt. Durch die Anwendung des materiellen Gleichheitsgebots sind sich die Einzeleingriffstheorie und die übrigen materiellen Theorien nahegekommen.¹⁰¹⁾ Das materielle Gleichheitsgebot wurde schon früher und wird auch noch heute von der Zumutbarkeitstheorie als wichtiges Abgrenzungskriterium angesehen.¹⁰²⁾ Insoweit besteht zur Einzeleingriffstheorie also kein Unterschied mehr.

I. Die Zumutbarkeitstheorie

Die Zumutbarkeitstheorie ist in den dreißiger Jahren von Stödter entwickelt worden, sie wird noch heute von ihm vertreten.¹⁰³⁾

101) Siehe auch Westermann § 28 II 4, S. 119 ff.

102) Vgl. Stödter in: DÖV 1953, 97 ff. (99)

103) Stödter in: DÖV 1953, 97 ff. und 136 ff.

Bei seinen Überlegungen hebt er den Lastengleichheitssatz zur Abgrenzung von Eigentumsbindung und Enteignung hervor.¹⁰⁴⁾ Ein Eingriff, der materielle Ungleichheit zur Folge hat, also den einzelnen im Verhältnis zu den übrigen ungleich trifft, ist nach seiner Ansicht eine Enteignung, die durch eine Entschädigung ausgeglichen werden muß; insoweit verwirklicht die Entschädigungspflicht das Gleichheitsgebot.¹⁰⁵⁾ Ob der Eingriff materiell gleich oder ungleich wirkt, ergibt sich nach seiner Ansicht aus einem Vergleich mit der Belastung der übrigen Eigentumsrechte und mit dem materiellen Inhalt des Eigentums überhaupt.¹⁰⁶⁾ Für die materielle Ungleichheit eines Eingriffs ist bei Stödter die Schwere, Tragweite und Intensität des Eingriffs ausschlaggebend.¹⁰⁷⁾

Stödter geht also ebenso wie die Einzeleingriffstheorie vom materiellen Gleichheitsgebot aus, er betont aber mehr die Schwere und Intensität des Eingriffs, während die materielle Einzeleingriffstheorie den Ursprung und Zweck des Eingriffs heranzieht, um gleiche Eingriffe von ungleichen zu trennen. Die Ansichten beider Theorien gehen sicherlich nicht sehr weit auseinander,¹⁰⁸⁾ trotzdem ist es ein Unterschied, ob die Gleichheit nach der Schwere und Intensität oder nach dem Ursprung und Zweck beurteilt wird. Die Schwere und Intensität des Eingriffs sind sehr unsichere Abgrenzungsmerkmale, da sie weitgehend von dem Empfinden des einzelnen abhängen. Das ist zwar bei der Rechtsanwendung nichts Außergewöhnliches, man sollte jedoch nach Möglichkeit solche Abgrenzungsmerkmale heranziehen, die besser faßbar sind und eine einheitliche Beurteilung gewährleisten. Der Ursprung eines Eingriffs und sein Zweck knüpfen dagegen in starkem Maße an Umstände des konkreten Sachverhaltes an und ermöglichen deshalb eine mehr objektive Beurteilung. Die Einzeleingriffstheorie ist daher der Zumutbarkeitstheorie vorzuziehen.

Wendet man aber die Zumutbarkeitstheorie auf die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung an, so wird diese als Eingriff von einiger Schwere und Intensität anzusehen sein, der nicht ohne Schadloshaltung hinzunehmen ist. Die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung erfolgt also auch nach dieser Theorie durch einen ungleichen Eingriff und ist daher eine Enteignung.

104) Stödter S. 179 ff.

105) Stödter S. 190

106) Stödter S. 209 und in: DÖV 1953, 100

107) Stödter S. 193 und in: DÖV 1953, 100; ähnlich Dt. Obergericht in: DVBl 1950, 760 ff. und Bay. VGH in: VerwRspr 4, Nr. 63, S. 289 ff. (303)

108) Vgl. dazu Westermann § 28 II 4, S. 119 ff.

II. Die Aufopferungstheorie

Die Aufopferungstheorie, die vor allem von Forsthoff vertreten wird, gleicht der Zumutbarkeitstheorie. Sie schließt aber nicht wie jene von einem schweren und tiefen Eingriff auf eine ungleiche Belastung, die unzumutbar ist, sondern sie beurteilt den Eingriff direkt nach seiner Schwere und Tragweite. Ein Eingriff ist dann unzumutbar, wenn eine Ausgleichung durch Entschädigung vom Rechtsbewußtsein als billig empfunden wird.¹⁰⁹⁾ Infolge dieser Argumentation ist sie aber noch farbloser und dehnbarer als die Zumutbarkeitstheorie.¹¹⁰⁾

Prüft man den Rechtscharakter der erzwungenen Grundabtretung zur Benutzung nach der Aufopferungstheorie, so ist der Eingriff wohl als so schwer anzusehen, daß es unzumutbar und unbillig wäre, ihn ohne Entschädigung dulden zu müssen. Ähnliche Überlegungen werden auch den Gesetzgeber veranlaßt haben, eine Entschädigung allgemein zuzusprechen. Dieses gesetzgeberische Motiv der Unzumutbarkeit des Eingriffs ohne Entschädigung wird von Boehmer¹¹¹⁾ für den Parallelfall des Notwegrechts ausdrücklich betont. Auch nach dieser Theorie ist die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung also eine Enteignung.

III. Die Substanzminderungstheorie

Die Substanzminderungstheorie ist von Schelcher begründet¹¹²⁾ und neuerdings von Huber weiter vertieft worden.¹¹³⁾ Huber unterscheidet bei der Enteignung Teil- und Vollenteignung, je nachdem durch den Eingriff eine Teil- oder Totalentziehung erfolgt. Schwierigkeiten in der Abgrenzung zur Eigentumsbindung entstehen nach seiner Ansicht nur bei der Teilenteignung. Sie liegt nach seiner Meinung vor, "wenn ein normsetzender oder normdurchführender Hoheitsakt private Vermögensrechte zwar in der Hand des bisherigen Berechtigten bestehen läßt, sie aber in ihrem substanziellen Gehalt vermindert oder in so erheblichem Ausmaß durch Nutzungs-, Ver-

109) Forsthoff (3. Aufl.) § 17, S. 264 f. und in JZ 1952, 627 f.; sehr abgeschwächt in der 7. Aufl., § 17, S. 300 ff., dort hebt er das Argument Hubers der Zweckentfremdung besonders hervor, siehe S. 302

110) So auch BGHZ 6, 270 ff. (283); diese Schwäche seiner Theorie gibt Forsthoff selbst zu, siehe in: JZ 1952, 627 f.

111) Boehmer, Einf. § 8 IX 3, S. 46

112) Schelcher in: AöR 57 (1930), 321 ff.

113) Huber § 69 II, S. 19 ff. (besonders S. 25 und 27 f.)

wendungs- oder Verfügungsverbote beschränkt, daß dem Inhaber nur noch ein Teilrecht oder nur noch das nominelle Recht ('nudum jus') verbleibt". Aus dieser Begriffsbestimmung entwickelt er die Grenze zwischen Teilenteignung und Eigentumsbindung. Erreicht der Eingriff ein bestimmtes Maß von Extensität oder Intensität und ergreift er den Wesensgehalt (die Substanz) des Rechts, so liegt nach seiner Ansicht eine Enteignung vor; der Wesensgehalt sei betroffen, wenn der Inhaber des Rechts nicht mehr über die Belastung und Veräußerung, über die Verwendung, die Be- und Verarbeitung und die Nutzung bestimmen könnte; würden diese Rechte begrenzt, so handele es sich um Eigentumsbindung, würden sie vollständig entzogen, so liege eine Teilenteignung vor.

Diese Theorie geht also andere Wege als die Zumutbarkeitstheorie (und auch die Aufopferungstheorie). Sie unterteilt das Eigentum bzw. sonstige Vermögensrecht in die wesentlichsten wirtschaftlichen Funktionen; wenn wenigstens eine dieser Funktionen für den Inhaber des Rechts vollständig ausgefallen ist, nimmt Huber eine Enteignung an. Enteignung (Voll- und Teilenteignung) ist nach Huber also immer vollständige Entziehung des ganzen Rechts oder einer wesentlichen wirtschaftlichen Funktion des Rechts. Die Substanzminderungstheorie läßt bei ihrer Begründung das materielle Gleichheitsgebot außer Betracht.

Bei der Anwendung der Substanzminderungstheorie auf die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung wird die teilweise Unbilligkeit dieser Theorie besonders deutlich. Wird das gesamte Grundstück in Anspruch genommen, wie es die Regel ist, so liegt eine Teilenteignung vor, da die bisherige Nutzung des Grundstücks nicht mehr möglich ist. Würde dagegen zum Beispiel über ein landwirtschaftliches Grundstück eine Seilbahn gelegt, so wären Einwirkungen durch die Seilbahn, wie Masten und herabfallendes Material, keine Teilenteignung, weil die Nutzung des Grundstücks nicht vollständig entzogen ist. Wie ist es, wenn zum Beispiel die Masten einen großen Teil des Grundstücks bedecken, so daß etwa noch die Hälfte des Grundstücks voll genutzt werden kann, sollte eine Entschädigung dann nicht billig sein? Auf diese Frage gibt die Substanzminderungstheorie keine Antwort. Bei der Grundabtretung spielt diese Frage keine sehr große Rolle, da dem Betroffenen ohnehin eine Entschädigung zusteht; das Beispiel zeigt aber die Folgen der Theorie. Zusammenfassend ist festzustellen, daß bei Anwendung der Substanzminderungstheorie die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung zwar in aller Regel eine Enteignung ist, es aber durchaus möglich ist, daß sie in Einzelfällen als Eigentumsbindung anzusehen ist; es kommt danach also auf den jeweiligen Einzelfall an.

IV. Die Schutzwürdigkeitstheorie

Die Schutzwürdigkeitstheorie ist von Jellinek entwickelt worden.¹¹⁴⁾ Sie geht davon aus, daß nicht alle staatlichen Eingriffe als Enteignung empfunden werden, sondern nur solche, die in schutzwürdige Rechte eingreifen. Zur Veranschaulichung seiner Theorie geht Jellinek von einer Skala aus. Die unterste Grenze der Skala ist erreicht, wenn der Berechtigte sein Recht verloren hat, die oberste, wenn er völlig unbeschränkter Herr des Rechts ist; dann besteht eine Summe von Befriedigungsgefühlen. Das Befriedigungsgefühl sinkt mit jeder Beeinträchtigung. Es kommt also auf die jeweilige Intensität an. Er berücksichtigt aber auch teilweise die Gedanken der Einzeleingriffstheorie, indem er meint, das Unlustgefühl sei geringer, wenn alle betroffen werden (geteilter Schmerz sei halber Schmerz). Auch könne der Zweck des Eingriffs das Unlustgefühl mindern oder steigern.¹¹⁵⁾

Die Schutzwürdigkeitstheorie stellt mit ihrer Skala der Befriedigungsgefühle zu sehr auf die subjektive Einstellung des Beurteilenden ab; sie ist aus diesem Grunde abzulehnen. Die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung trifft nicht alle, sondern einzelne, auch die Nutzung des Grundstücks ist in aller Regel nicht möglich. Das durch sie entstandene Unlustgefühl wird daher so hoch sein, daß sie nach der Schutzwürdigkeitstheorie als Enteignung anzusehen ist.

V. Das Prinzip der Privatnützigkeit

Das Prinzip der Privatnützigkeit ist von Reinhardt entwickelt und in die Diskussion um die Abgrenzung von Eigentumsbindung und Enteignung hineingetragen worden.¹¹⁶⁾ Reinhardt sieht in dem privaten Interesse und in der privaten Initiative einen maßgeblichen Faktor unseres Wirtschaftssystems. Dieser Tendenz, die nach seiner Ansicht auch besonders aus unserer Verfassung hervorgeht, schreibt er einen Eigenwert als bewegende und ordnende Kraft unserer Wirtschaft zu, er bezeichnet sie als Prinzip der Privatnützigkeit. Dieses Prinzip läßt nach seiner Ansicht Maßnahmen und Beschränkungen zu, soweit es nicht als Ordnungsfaktor der Wirtschaft entscheidend gehemmt oder

114) Jellinek, Gutachten S. 292 ff. und Verw.R. S. 413; Jellineks Theorie wird unter anderem auch von Ipsen vertreten, siehe VStR 10 (1952), S. 91

115) Ipsen wendet in diesem Zusammenhang ebenfalls den Gleichheitssatz an; Die Grundrechte, bes. S. 113, 130, 177.

116) Reinhardt-Scheuner S. 12 ff., bes. S. 32 f.

ausgeschaltet wird. Bleibt das Prinzip aber bestehen, so hat ein Eingriff nach seiner Meinung den Charakter einer Eigentumsbindung, wird es wesentlich beeinträchtigt oder gar beseitigt, so liegt eine Enteignung vor.

Mit dem Prinzip der Privatnützigkeit hat Reinhardt einen Begriff geschaffen, der uns dem Wesen des Eigentums und damit auch der Enteignung näher bringt. Aber gerade die Frage, die die anderen Theorien so beschäftigt, nämlich, wann das Prinzip der Privatnützigkeit nur leicht gehemmt und wann es entscheidend gehemmt ist, hat diese Theorie nicht gelöst.

Bei der erzwungenen Grundabtretung zur Benutzung muß man wohl davon ausgehen, daß das Prinzip der Privatnützigkeit infolge der regelmäßigen Beeinträchtigung der bisherigen Nutzungsmöglichkeit ¹¹⁷⁾ so wesentlich gehemmt ist, daß man sie als Enteignung ansehen muß. Wird dagegen die Nutzungsmöglichkeit nur geringfügig beeinträchtigt, ¹¹⁸⁾ so wird man nur eine Eigentumsbindung annehmen können.

§ 15. Der Rechtscharakter der erzwungenen Grundabtretung zu Eigentum und der zu Schürfzwecken

Die bisherigen Untersuchungen haben ergeben, daß die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung bei Anwendung der Einzeleingriffstheorie eine Enteignung im Sinne von Art. 14 III GG ist. Auch nach den übrigen Theorien ist sie in der Regel eine Enteignung; nur soweit diese Theorien auf die Tiefe und Schwere des Eingriffs abstellen, ist die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung dann Eigentumsbindung, wenn sie sich nur geringfügig auswirkt, z.B. wenn die Nutzung des Grundstücks im wesentlichen nicht beeinträchtigt wird.

Im folgenden ist zu untersuchen, ob die einzelnen Sonderfälle der erzwungenen Grundabtretung und zwar die erzwungene Grundabtretung zu Eigentum auf Verlangen des Grundeigentümers bzw. des Bergbautreibenden und die erzwungene Grundabtretung zu Schürfzwecken ebenso zu behandeln sind wie die zur Benutzung.

1. Die erzwungene Grundabtretung zu Eigentum auf Verlangen des Grundeigentümers

Bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen hat der Grundeigentümer, wenn sein Grundstück für bergbauliche Zwecke vom Bergbautreibenden in der Form

¹¹⁷⁾ Vgl. Reinhardt-Scheuner S. 40

¹¹⁸⁾ Siehe oben das Beispiel bei der Substanzminderungstheorie, § 14 III S. 57 f.

der Grundabtretung zur Benutzung in Anspruch genommen wird, das Recht, die Eigentumsübernahme des Grundstücks vom Bergbautreibenden zu verlangen. In solchen Fällen endet ein bereits entstandenes Benutzungsrecht, und der Bergbautreibende erhält (bürgerlichrechtliches) Eigentum am Grundstück.

Diese Regelung hat den Sinn, dem Grundeigentümer die Wahl zu lassen zwischen einem unter Umständen lange andauernden Benutzungsrecht, das Anspruch auf eine jährliche Entschädigung gibt, ihm aber nicht die Nutzung des Grundstücks selbst ermöglicht, und dem Recht, die Eigentumsübernahme zu verlangen, so daß er mit der Geldentschädigung andere Interessen verfolgen kann. Es handelt sich also um ein Recht des Grundeigentümers, das ihm ermöglicht, aus der für ihn ungünstigen Lage, die ein entstandenes Benutzungsrecht immer mit sich bringen wird, herauszukommen. Sein Recht ist daher als besondere Ausgestaltung der Grundabtretung zur Benutzung anzusehen, das der Gesetzgeber ihm gewährt. Die Ausgestaltung der Grundabtretung zur Benutzung beeinflusst nicht deren Rechtscharakter; dieser ist bei der erzwungenen Grundabtretung zu Eigentum auf Verlangen des Grundeigentümers der gleiche wie bei der zur Benutzung.

II. Die erzwungene Grundabtretung zu Eigentum auf Verlangen des Bergbautreibenden

Bei bebauten Grundstücken braucht sich der Bergbautreibende nicht mit der Grundabtretung zur Benutzung zufrieden zu geben, er kann vom Grundeigentümer die Abtretung zu Eigentum verlangen. Der Grundeigentümer verliert also sein Eigentum vollständig, der Eingriff ist daher intensiver als bei der bloßen Grundabtretung zur Benutzung; dagegen hat sich an der Art und Weise des Eingriffs als Einzeleingriff nichts geändert. Es treffen auch auf diesen Fall die Ausführungen zu, die bei der Grundabtretung zur Benutzung gemacht wurden. Die erzwungene Grundabtretung zu Eigentum auf Verlangen des Bergbautreibenden ist nach der Einzeleingriffstheorie ebenfalls ein ungleicher Eingriff, außerdem entzieht sie das Vollrecht, sie ist daher eine Enteignung.

III. Die erzwungene Grundabtretung zu Schürfzwecken

Die erzwungene Grundabtretung zu Schürfzwecken unterscheidet sich in den Voraussetzungen geringfügig von der zur Benutzung. Im Rechtscharakter besteht kein Unterschied, wenn man von den oben entwickelten Grundsätzen

für die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung ausgeht.¹¹⁹⁾ Die Abtretung zu Schürfzwecken wirkt ebenfalls ungleich, sie hat ihren Ursprung auch nicht im Grundbesitz und ist daher nach der Einzeleingriffstheorie als Enteignung anzusehen. Die Theorien, die auf die Tiefe und Schwere des Eingriffs abstellen, werden dagegen besonders leichte Eingriffe, insbesondere, wenn es sich um geophysikalische Untersuchungen des Untergrundes handelt (§ 3 II ABG), als Eigentumsbindung betrachten.

Demgegenüber hat die herrschende Meinung (Voelkel und seine Anhänger) die erzwungene Grundabtretung zu Schürfzwecken begrifflich nicht befriedigend lösen können. Es fehlt nämlich ein dem Bergwerkeigentum entsprechendes Schürfrecht, das dem Grundeigentum als gleichwertiges Recht gegenüberstehen könnte und aus dem sich die Pflicht zur Duldung des Eingriffs ergeben könnte. Demnach liegt der wichtigste Gesichtspunkt, den die herrschende Meinung für die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung nach §§ 135 ff. ABG hervorgehoben hat, bei der erzwungenen Grundabtretung zu Schürfzwecken nicht vor.¹²⁰⁾

§ 16. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Art. 14 GG und ihr Vorliegen bei der erzwungenen Grundabtretung

Eine Enteignung ist nach Art. 14 III GG an verschiedene Bedingungen geknüpft, die keine Begriffsmerkmale, sondern Zulässigkeitsvoraussetzungen der Enteignung sind. Liegen sie nicht vor, so kann ein Eingriff begrifflich zwar eine Enteignung sein, er ist dann aber verfassungsrechtlich nicht statthaft und daher nichtig.¹²¹⁾ Ob diese Zulässigkeitsvoraussetzungen bei der erzwungenen Grundabtretung vorliegen, soll im folgenden geprüft werden.

I. Die Legalitäts-Klausel

Eine Enteignung kann nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes (also durch einen gesetzlich fundierten Einzelakt) erfolgen. Die erzwungene Grundabtretung hat ihre rechtliche Grundlage im ABG, sie erfolgt jeweils durch einen Einzelakt nach den Vorschriften des ABG; damit erfüllt sie die Erfordernisse der Legalitäts-Klausel.

119) Sie oben § 13, S. 35 ff.

120) Vgl. insbesondere Isay, Geist S. 20

121) Vgl. Huber § 70 I. S. 52; Stödter S. 222; siehe auch Wolff § 62 IV, S. 331 und v. Mangoldt-Klein Art. 14 Anm. VII 2 c, S. 441

II. Die Gemeinwohl-Klausel

Eine Enteignung ist weiterhin nur zulässig, wenn sie zum Wohl der Allgemeinheit (im öffentlichen Interesse) erfolgt. Diese Gemeinwohl-Klausel hat schon in der Weimarer Republik Schwierigkeiten bereitet, die auch heute noch bestehen.

Das Gemeinwohl wird nur dann als vorliegend angesehen, wenn die erstrebten Vorteile für die Allgemeinheit größer sind als die bisherigen Privatinteressen.¹²²⁾ Auch muß der durch die Entziehung erreichte Nutzen für die Allgemeinheit über den mit der Rechtsentziehung ohne weiteres erreichten Vorteil hinausgehen; der Enteignungsakt muß also im Dienst einer Aufgabe (bzw. eines Zwecks) stehen, die durch das Gemeinwohl gerechtfertigt ist.¹²³⁾ Die Enteignung darf, um dem Wohl der Allgemeinheit zu entsprechen, Privatinteressen verfolgen, daneben muß sie jedoch überwiegende Vorteile für die Öffentlichkeit mit sich bringen.¹²⁴⁾ Sie darf weiterhin nicht bloß fiskalischen Zwecken dienen; in der Vermehrung des öffentlichen Vermögens wird allein noch keine Förderung des Allgemeinwohls gesehen.¹²⁵⁾ Weber und v. Mangoldt-Klein unterscheiden wieder zwischen klassischer Enteignung und sonstigen Enteignungstatbeständen. Bei der klassischen Enteignung muß ein bestimmtes Unternehmen begünstigt werden, das auch ein industrielles Unternehmen des Privatrechts sein kann, wenn es eine dem Gemeinwohl dienende Aufgabe erfüllt. Bei den sonstigen Enteignungstatbeständen muß der durch die Entziehung entstandene Nutzen für die Allgemeinheit höher sein als der durch die Entziehung an sich schon erreichte Vorteil.¹²⁶⁾

Das ABG unterscheidet bezüglich des öffentlichen Interesses zwischen bebauten und unbebauten Grundstücken. Bei der erzwungenen Grundabtretung von bebauten Grundstücken¹²⁷⁾ muß der Wirtschaftsminister aus überwiegenden

122) Vgl. Huber § 70 I 2 a, S. 53 f. und Wolff § 62 IV a, S. 331

123) Vgl. RGZ 103, 200 ff. (202); RGZ 139, 6 ff. (9); Weber S. 383 und Maunz § 19 II 3, S. 139

124) Vgl. v. Mangoldt-Klein Art. 14 Anm. VII 6, S. 446 und Hamann Art. 14 Anm. B 9, S. 171; siehe aber auch Wolff § 62 IV a, S. 331 und BVwGE 1, 42 ff. (43)

125) Vgl. v. Mangoldt-Klein Art. 14 Anm. VII 6, S. 446; Weber S. 383; Reinhardt-Scheuner S. 94 f.; Huber § 70 I 2 a, S. 54; Wolff § 62 IV a, S. 331; Bad. StGH in: VerwRSpr 2, 411 ff. (416) und OVG Rheinland-Pfalz in DÖV 1960, 315 ff. (317)

126) Vgl. Weber S. 381 f. und v. Mangoldt-Klein Art. 14 Anm. VII 6, S. 445 f.

127) Siehe zum Begriff "bebautes Grundstück" oben § 4, S. 18 Fußn. 6

Gründen des öffentlichen Interesses in jedem Einzelfall zustimmen (§ 136 II ABG); bei unbebauten Grundstücken ¹²⁸⁾ darf die erzwungene Grundabtretung nur aus überwiegenden Gründen des öffentlichen Interesses versagt werden. Bei der erzwungenen Grundabtretung von bebauten Grundstücken ist also dadurch, daß in jedem Einzelfall vom Wirtschaftsminister das öffentliche Interesse festzustellen ist, der Gemeinwohl-Klausel des Art. 14 III GG Genüge getan. Schwierigkeiten in Bezug auf die Gemeinwohl-Klausel des Art. 14 III GG bereitet nur die erzwungene Grundabtretung von unbebauten Grundstücken, sie soll im folgenden behandelt werden.

Nach den oben herausgearbeiteten Grundsätzen muß der Enteignungsakt, um dem Wohl der Allgemeinheit zu dienen, über den mit der Rechtsentziehung ohne weiteres erreichten Vorteil hinausgehen, also nicht nur eine Verlagerung des Rechts von dem einen zum anderen Träger sein, ohne daß ein besonderer Zweck dahintersteht. Diese Voraussetzung erfüllt die erzwungene Grundabtretung von unbebauten Grundstücken in jedem Einzelfall; sie erfolgt, damit die Bodenschätze überhaupt gewonnen werden können, sie verfolgt also einen besonderen Zweck, der über die bloße Verlagerung des Rechts von einem Träger auf den anderen hinausgeht. Außerdem muß die erzwungene Grundabtretung, um dem Wohl der Allgemeinheit zu entsprechen, überwiegende Vorteile für die Öffentlichkeit mit sich bringen. Es müssen also schwerwiegende Gründe vorliegen, die vom Standpunkt der Allgemeinheit höher zu bewerten sind (wichtiger sind) als die verdrängten Interessen. Da es beim Wohle der Allgemeinheit allein auf den Standpunkt der Allgemeinheit ankommt, sind bei der Abwägung auch nur allgemeinwirtschaftliche (insbesondere volkswirtschaftliche) Gesichtspunkte zu berücksichtigen, ¹²⁹⁾ nicht aber wirtschaftliche Gesichtspunkte der unmittelbar Beteiligten, ¹³⁰⁾ da sie für sich allein keine allgemeinwirtschaftliche Bedeutung haben. Trotz der allgemeinwirtschaftlichen Betrachtung darf natürlich nicht übersehen werden, daß das Gemeinwohl in jedem Einzelfall vorliegen muß.

Die sich bei der erzwungenen Grundabtretung von unbebauten Grundstücken gegenüberstehenden Interessen sind nunmehr in Bezug auf allgemeinwirt-

128) darunter sind alle die Grundstücke zu verstehen, die nicht unter § 136 II ABG fallen

129) So schon das RG, vgl. dazu die Ausführungen bei Weber S. 340; in gleicher Weise geht auch Hamann vor in: BB 1957, 1258 f.

130) z.B.: Abbauwürdigkeit des Minerals, Wirtschaftlichkeit des Unternehmens des Bergbautreibenden, besonderes Interesse des Grundbesitzers gerade an dem abzutretenden Grundstück;

schaftliche Gesichtspunkte zu betrachten. Auf der einen Seite stehen die Mineralien mit ihrer volkswirtschaftlichen Bedeutung, auf der anderen Seite steht die vornehmlich land- und forstwirtschaftliche Nutzung des Grund und Bodens, die auch eine gärtnerische Nutzung und bei Seen eine fischereimäßige Nutzung sein kann. Bei den Mineralien sind zu unterscheiden die unter Staatsvorbehalt stehenden Mineralien¹³¹⁾, die verleihbaren Mineralien nach § 1 ABG¹³²⁾, die Grundeigentümermineralien und die Mineralien der sog. Sylvester-VO¹³³⁾. Die allgemeinwirtschaftliche Bedeutung dieser Mineralien ist nicht gleich groß, am geringsten ist sie bei den Grundeigentümermineralien und den Mineralien der Sylvester-VO. Gemeinsam ist aber allen Mineralien, daß es von ihnen jeweils nur einige wenige Lagerstätten gibt, deren Ausbeutung für die Allgemeinheit besonders wichtig ist. Andererseits sind aber auch die von der Grundabtretung beeinträchtigten Interessen nicht gleich groß. Soweit der Bergbau mit der Grundabtretung auf land- und forstwirtschaftlich genutzten Grund und Boden stößt, werden lediglich Privatinteressen beeinträchtigt. Die Allgemeinheit kann nämlich auf einen geringen Teil des gegenüber den Mineralien viel reichlicher und überall vorhandenen land- und forstwirtschaftlich genutzten Grund und Bodens verzichten, ohne daß deshalb allgemeinwirtschaftliche Nachteile entstehen. In diesen Fällen stößt also ein mehr oder minder starkes Gemeinwohl auf private Interessen; eine besondere Abwägung der Interessen ist nicht erforderlich, da das Gemeinwohl auf jeden Fall höher zu bewerten (also wichtiger) ist als die verdrängten Privatinteressen. Auch ein nicht so starkes Gemeinwohl vermag sich also gegenüber Privatinteressen immer durchzusetzen, es überwiegt in jedem Einzelfall. Das gilt ebenfalls für die Grundeigentümermineralien und die Mineralien der Sylvester-VO; ihr Abbau ist aus

131) Es sind die Mineralien nach § 2 ABG (unechter Staatsvorbehalt bzw. Schürffvorrecht des Staates) und die nach dem Erdölgesetz (Gesetz zur Erschließung von Erdöl und anderen Bodenschätzen vom 12. Mai 1934 - GS S. 257 f. -) und dem Phosphoritgesetz (Gesetz vom 16. Oktober 1934 - GS S. 404 ff. - mit den Änderungen des Gesetzes vom 24. September 1937 - GS S. 93 ff. -), (bei den Mineralien des Erdöl- und des Phosphoritgesetzes handelt es sich um sog. echten Staatsvorbehalt).

132) dazu sind auch die sonstigen verleihbaren Mineralien zu rechnen, die auf Grund provinzialrechtlicher Sonderregelungen verliehen werden können; siehe dazu Boldt § 1 Anm. 3 a und Reuss-Grotefend-Dapprich § 1 Anm. 2

133) Verordnung über die Aufsuchung und Gewinnung mineralischer Bodenschätze vom 31. Dezember 1942 - RGBI I 1943, 17 ff. -

allgemeinwirtschaftlicher Sicht regelmäßig unentbehrlich, auf diese Mineralien kann unsere Volkswirtschaft nur in Ausnahmefällen verzichten, ihr Abbau erfolgt daher im öffentlichen Interesse ¹³⁴⁾, das allerdings wesentlich schwächer ist als bei den Mineralien nach §§ 1 und 2 ABG. Auch wenn in gewissen Zeiten die wirtschaftliche Bedeutung eines Minerals nicht so groß ist (wie heute z.B. bei der Kohle), liegt die Gewinnung eines solchen Minerals meines Erachtens jedenfalls stets in gewissem Maße im öffentlichen Interesse. Das folgt daraus, daß sich das Allgemeinwohl nicht nach der momentanen Marktlage des Minerals richtet und nicht in Zusammenhang mit wirtschafts- und sozialpolitischen Sofortmaßnahmen (z.B. die Prämierung jeder nicht geförderten Tonne Kohle) gebracht werden kann. Die Grundabtretung zur Benutzung erstreckt sich nämlich regelmäßig über viele Jahre, auch die Errichtung neuer Schachtanlagen dauert von der Planung bis zur Inbetriebnahme Jahre; die Voraussetzungen für die Grundabtretung richten sich zwar nach dem Zeitpunkt, in dem der Anspruch geltend gemacht wird, aber wegen der künftigen Bedeutung der Entscheidung für jeden Beteiligten muß die spätere Entwicklung und mangels hinreichender Anhaltspunkte hilfsweise die bisherige Entwicklung der letzten Jahrzehnte in angemessener Weise berücksichtigt werden. Bei Beachtung dieser Grundsätze wird aber in aller Regel auch für Mineralien, deren Förderung vorübergehend wirtschaftlich ungünstig ist, das Erfordernis des Gemeinwohls vorliegen. Erst wenn ein Mineral (bzw. eine ungünstige Lagerstätte) auf die Dauer zu völliger Bedeutungslosigkeit herabsinken würde, und es deshalb bei unserer auf dem gegenseitigen Wettbewerb aufgebauten Wirtschaft ohnehin niemand mehr abbauen würde, fehlte es am Gemeinwohl. ¹³⁵⁾ Die Stilllegung völlig unwirtschaftlicher Kohlenzechen gehört meines Erachtens in diesen Zusammenhang. Um die mit den Stilllegungen verbundenen Kosten auszugleichen und den Kohlenbergbau zu stärken, wird staatliche finanzielle Hilfe gewährt. Auf lange Sicht gesehen hätte der Kohlenbergbau bei unserer

134) Vgl. zum öffentlichen Interesse der Mineralien der Sylvester-VO (s. Fußn. 133 auf S. 65) die amtliche Begründung dazu in: ZfB 82/83, 201 f.; BVwG in: ZfB 98, 461 ff.; OVG Rheinland-Pfalz in: DVBl 1955, 780 ff. (781) und OVG Rheinland-Pfalz in: ZfB 100, 214 ff. (216 f.) = DÖV 1960, 315 ff. (317)

135) Ein gegenseitiger Wettbewerb besteht in der Energiewirtschaft zwar nur in beschränktem Maße, in den hier angesprochenen besonderen Fällen dürfte aber auf die Dauer der gegenseitige Wettbewerb zur Stilllegung völlig unrentabler Energiebetriebe führen.

Wettbewerbswirtschaft den Reinigungsprozeß aus sich vorgenommen, der durch diese staatliche Hilfe lediglich erleichtert und beschleunigt wird.

In Ausnahmefällen können aber auch bei unbebauten Grundstücken die verdrängten Interessen ihrerseits dem Wohle der Allgemeinheit dienen; dann muß eine andere als nur land- und forstwirtschaftliche Nutzung vorliegen, oder es müssen besondere im öffentlichen Interesse liegende Umstände zu der land- und forstwirtschaftlichen Nutzung hinzukommen; Beispiele sind die Benutzung des Grundstücks zu Bahnen, Kanälen, öffentlichen Wegen und Plätzen (soweit sie, obwohl ihre Lage und Richtung unter Berücksichtigung des Gedankens der gegenseitigen Rücksichtnahme festgelegt sind (§ 153 II ABG), mit dem Bergbau kollidieren); die Rücksichtnahme auf den Grundwasserstand bei einem See, der trocken gelegt werden soll; die Gefahr, daß Haldenbrände entstehen bei Abtretung für Halden. ¹³⁶⁾ Diese Fälle will § 136 I ABG regeln. Bisher ist § 136 I ABG vor allem als negatives Tatbestandselement der gesamten erzwungenen Grundabtretung aufgefaßt worden. ¹³⁷⁾ Unterteilt man aber die von der erzwungenen Grundabtretung verdrängten Interessen in Privatinteressen und öffentliche Interessen, wie man es meines Erachtens tun muß, so zeigt sich, daß § 136 I ABG nur gilt, wenn die erzwungene Grundabtretung auf Grundbesitz stößt, dessen Nutzung im öffentlichen Interesse liegt. In diesen Fällen sind auch die beiderseitigen öffentlichen Interessen in jedem Einzelfall gegeneinander abzuwägen, so daß die erzwungene Grundabtretung nur durchdringen kann, wenn sie stärker ist als der verdrängte, selbst im öffentlichen Interesse liegende Grundbesitz.

Im Ergebnis zeigt sich also folgendes Bild. Es sind drei Fallgruppen zu unterscheiden, die erzwungene Grundabtretung von unbebauten Grundstücken, mit denen öffentliche Interessen verfolgt werden, die erzwungene Grundabtretung von unbebauten Grundstücken, mit denen nur Privatinteressen verfolgt werden, und die erzwungene Grundabtretung von bebauten Grundstücken. Die erzwungene Grundabtretung von unbebauten Grundstücken, mit denen nur Privatinteressen verfolgt werden, erfolgt in jedem Einzelfall aus überwiegenden Gründen des öffentlichen Interesses, da sie aus allgemeinwirtschaftlicher Sicht im öffentlichen Interesse liegt und dieses öffentliche Interesse sich gegenüber den verdrängten Privatinteressen der Grundbesitzer immer durchzusetzen vermag. In den beiden anderen Fällen muß bereits nach dem ABG in jedem Einzelfall das überwiegende öffentliche Interesse festgestellt werden.

136) Vgl. Isay II § 136 Anm. B und Boldt § 136 Anm. 2

137) Vgl. Isay, Geist S. 20

Damit erfüllt die erzwungene Grundabtretung, so wie sie im ABG geregelt ist, immer die Gemeinwohl-Klausel des Art. 14 III GG; die erzwungene Grundabtretung erfährt also dadurch, daß man sie als Enteignung ansieht, gegenüber der Regelung im ABG keine Einschränkung. Im übrigen sei auch an dieser Stelle nochmals darauf hingewiesen, daß die erzwungene Grundabtretung auch dann im öffentlichen Interesse erfolgen müßte, wenn sie eine Eigentumsbindung sein würde. 138)

Zu einem ähnlichen Ergebnis kommen Isay¹³⁹⁾ und auch Kremer¹⁴⁰⁾; sie sind der Ansicht, daß bei der erzwungenen Grundabtretung das öffentliche Interesse im Regelfall vorliege; insoweit besteht nach ihrer Ansicht eine gesetzliche Vermutung, die aber widerlegbar ist. Da Isay und Kremer bei unbebauten Grundstücken die verdrängten Interessen nicht in private und öffentliche Interessen aufteilen, müssen sie eine weite Formulierung wählen; es entsteht dadurch der Eindruck, daß die gesetzliche Vermutung in allen Fällen widerlegt werden kann, also auch, soweit die erzwungene Grundabtretung nur auf Privatinteressen stößt. Aber gerade diese Folgerung wollte Isay wohl nicht ziehen; er schreibt nämlich über die Fälle, in denen die Vermutung widerlegt werden kann, daß im Einzelfall das überwiegende öffentliche Interesse auf seiten des Grundbesitzers liegen könne;¹⁴¹⁾ er sieht also offensichtlich nur dann eine Ausnahme von der Regel, wenn die verdrängten Interessen ebenfalls öffentliche Interessen sind. Im übrigen läßt § 136 I ABG eine andere Auslegung auch gar nicht zu. Die Ansichten von Isay und Kremer können also lediglich mißverstanden werden, da sie die einzelnen Fallgruppen nicht genügend unterscheiden, im Ergebnis decken sie sich aber mit der oben entwickelten Ansicht.

III. Die Entschädigungs-Klausel

Eine Enteignung ist nach Art. 14 III GG außerdem nur dann zulässig, wenn das Gesetz, durch das oder auf Grund dessen die Enteignung erfolgt, auch gleichzeitig Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. Eine Enteignung ist also immer nur gegen Entschädigung möglich. Außerdem muß zwischen der Enteignung und der Entschädigung ein Junktim in der Weise bestehen, daß das Enteignungsgesetz auch gleichzeitig die Entschädigungsfrage regelt. Nur

138) Vgl. dazu die Ausführungen oben § 9, S. 27 f.

139) Siehe Isay, Geist S. 32 f., aber auch Entwurf S. 101

140) Kremer S. 78 und in: ZfB 99, 409 ff. (415)

141) Vgl. Isay, Geist S. 32 und Entwurf S. 101; aber auch Kremer S. 78 und in: ZfB 99, 409 ff. (415)

für vorkonstitutionelles Recht (also für Gesetze, die schon beim Erlaß des Grundgesetzes vom 23. 5. 1949 bestanden haben) gilt das Junktim nicht; in diesem Falle kann die fehlende Entschädigung als durch Art. 153 WRV ergänzt gelten (soweit sie nach dem Gesetz nicht ausdrücklich ausgeschlossen oder nicht angemessen ist).¹⁴²⁾ Außerdem muß die Entschädigung unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten bestimmt sein. Nach allgemein herrschender Ansicht ist darunter zu verstehen, daß wenigstens der gemeine Verkehrswert oder der volle Wiederbeschaffungswert zu ersetzen ist; die Entschädigung soll einen echten Wertersatz darstellen.¹⁴³⁾

Prüft man unter diesen Gesichtspunkten die erzwungene Grundabtretung, so ist festzustellen, daß das ABG in § 137 eine Entschädigung vorsieht.¹⁴⁴⁾ Daraus ergibt sich, daß sie nicht ohne Entschädigung möglich ist und daß das ABG als enteignendes Gesetz auch gleichzeitig die Entschädigungsfrage regelt; es liegt also sogar das Junktim vor, das beim (preußischen) Allgemeinen Berggesetz vom 24. 6. 1865 als einem vorkonstitutionellen (also einem vor Erlaß des Grundgesetzes bestehenden) Gesetz nicht einmal erforderlich wäre. Nach § 137 ABG ist der Grundbesitzer vollständig zu entschädigen; er erhält nach dieser Bestimmung u. a. bei der Grundabtretung zur Benutzung eine laufende Nutzungsentschädigung und gegebenenfalls Ersatz für den Minderwert. Bei der Höhe der Entschädigung ist demnach nicht nur der gemeine Wert, sondern auch der entgangene Gewinn, also die Zukunftsaussicht zu berücksichtigen;¹⁴⁵⁾ die Entschädigung bei der erzwungenen Grundabtretung geht damit über die gerechte Entschädigung des Art. 14 III 3 GG hinaus. Die erzwungene Grundabtretung genügt also den Entschädigungsregeln des Art. 14 III 2 und 3 GG.

142) Vgl. Wolff § 62 IV b 1, S. 332; v. Mangoldt-Klein Art. 14 Anm. VII 8 c, S. 450; Hamann Art. 14 Anm. B 11, S. 171 f. und BVfGE 4, 219 ff. (236 f.) = NJW 1955, 1268 ff.; a. A. Weber S. 386 f.

143) Vgl. Huber § 70 I 3 c, S. 56; Wolff § 62 IV b 3, S. 332; Reinhardt-Scheuner S. 129; Weber S. 388 ff.; Giese S. 30 ff. und auch v. Mangoldt-Klein Art. 14 Anm. VII 9 b, S. 451 f.

144) Ebenso bei der Grundabtretung zu Schürfzwecken, siehe § 6 ABG.

145) Vgl. Isay II § 137 Anm. 4 (B I 2 b)

IV. Die Rechtsweg-Klausel

Schließlich enthält Art. 14 III 4 GG noch die Bestimmung, daß wegen der Höhe der Entschädigung der Rechtsweg vor den Zivilgerichten (ordentlichen Gerichten) offen steht. Damit öffnet das Grundgesetz für die Höhe der Entschädigung ohne weitere Voraussetzungen den Zivilrechtsweg, ganz gleich, ob bei vorkonstitutionellem Recht das Enteignungsgesetz ihn selbst vorsieht oder gar ausschließt.¹⁴⁶⁾ Nach dem ABG ist jedoch der Zivilrechtsweg bereits zulässig; zwar enthält das ABG insoweit keine ausdrückliche Bestimmung, aber § 146 ABG (und auch § 145 ABG) setzt die Möglichkeit des Zivilrechtsweges für Streitigkeiten über die Höhe der Entschädigung als selbstverständlich voraus.

§ 17. Ergebnis und Bedeutung der bisherigen Untersuchungen

Die Untersuchungen haben gezeigt, daß die erzwungene Grundabtretung begrifflich eine Enteignung ist und daß sie den verfassungsrechtlichen Anforderungen einer Enteignung genügt. Die herrschende Meinung, die in der erzwungenen Grundabtretung eine Eigentumsbindung sieht, kann unter dem Bonner Grundgesetz keinen Bestand mehr haben. Sie geht zurück auf eine Zeit, in der noch die preußische Verfassungsurkunde von 1850 Geltung hatte. Seitdem ist das Grundabtretungsrecht bis auf wenige Änderungen in seiner ursprünglichen Fassung bestehen geblieben, tatsächlich hat sich aber sein Geist mit den Verfassungen geändert. Zu der von mir vertretenen Ansicht braucht daher gegenüber der herrschenden Ansicht in der Interpretation kein Widerspruch gesehen zu werden. Die verschiedenen Auffassungen beruhen auf einem Wandel der Verfassungsnormen und ihrer Auslegung. Man mag bedauern, daß die von Natur aus enge und innige Verflechtung von Bergbau und Grundbesitz heute nicht mehr als Eigentumsbindung aufgefaßt werden kann. Die bisherige Anschauung von dem Nebeneinander zweier Rechte, wovon das stärkere Recht des Bergbaues das schwächere Recht des Grundbesitzes verdrängt, erfährt dadurch, daß die erzwungene Grundabtretung als Enteignung anzusehen ist, keinen Wandel. Der Gesetzgeber hat dem Bergbau nämlich nur deshalb den Grundabtretungsanspruch gegeben, weil er ihn gegenüber dem Grundbesitz als stärker angesehen hat.

146) Vgl. v. Mangoldt-Klein Art. 14 Anm. VII 10 e, S. 454; Wolff § 62 IV b 6, S. 333; siehe auch Huber § 70 I 4 a, cc, S. 58; Weber S. 396 und BGHZ 4, 10 ff. (48 f.)

Mit der Feststellung, daß die erzwungene Grundabtretung eine Enteignung ist, löst sich gleichzeitig ein anderes Problem, das Verhältnis zwischen dem ABG und dem EntG. Beide Gesetze haben heute ihre verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 14 III GG; da sie teilweise die gleiche Materie behandeln, stehen sie insoweit nebeneinander und schließen sich gegenseitig aus. Diese Ansicht wird bestätigt von § 54 Ziff. 2 EntG. Auch das Gesetz über ein vereinfachtes Enteignungsverfahren erscheint jetzt in einem anderen Licht. Zwei Gesetze, die jeweils Enteignungen für zwei spezielle Bereiche regeln, können nämlich von einem weiteren Gesetz, besonders wenn es allgemeine Vorschriften und Verfahrensvorschriften enthält, ergänzt werden.

Fünfter Abschnitt

Der Grundabtretungsakt und seine Wirkung bei der erzwungenen Grundabtretung

Die erzwungene Grundabtretung ist im vorigen Abschnitt als Enteignung charakterisiert worden. Damit ist ihr wichtigster Wesenszug herausgestellt. Nunmehr steht noch die Frage offen, wodurch diese bergrechtliche Enteignung erfolgt, was für ein Recht sie schafft und wie sie im Rechtsverkehr behandelt wird. Die einzelnen Merkmale hierfür werden bei der weiten Fassung des Art. 14 III GG nur selten auf dem Enteignungscharakter schlechthin beruhen und allen Enteignungsarten eigentümlich sein; in aller Regel werden die Enteignungen jeweils nach den speziellen Bedürfnissen verschieden ausgestaltet sein. Erfolgt die Enteignung nicht unmittelbar durch Gesetz, sondern durch eine Entscheidung auf Grund eines Gesetzes, so kann diese Entscheidung ein gerichtliches Urteil oder ein Verwaltungsakt sein.

§ 18. Die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung

I. Der Entstehungsakt

Die Ansicht des Schrifttums zur Entstehung des Benutzungsrechts bei der erzwungenen Grundabtretung ist sehr vielschichtig, zur näheren Erfassung soll ebenso, wie es im Schrifttum üblich ist, eine negative Deutung vorangestellt werden.

Einig ist man sich darin, daß das Benutzungsrecht bei der erzwungenen Grundabtretung nicht durch einen schuldrechtlichen Vertrag entsteht. Es liegt nämlich keine freie Willenseinigung zwischen dem Bergbautreibenden und dem Grundbesitzer vor. Die Fiktion einer freien Willenserklärung, etwa wie in § 894 ZPO¹⁾, fehlt im Grundabtretungsrecht.²⁾

Neben der allgemeinen Voraussetzung jedes schuldrechtlichen Vertrages (freie Willenseinigung) liegen bei der Entstehung des Benutzungsrechts auch nicht die Merkmale eines speziellen Vertrages wie zum Beispiel Kauf oder Pacht vor. In diesem Zusammenhang meint Voelkel³⁾, daß die Entstehung des

1) § 894 ZPO hat als Bestimmung des Zwangsvollstreckungsrechts Ausnahmecharakter und spricht keinen allgemeinen Rechtsgedanken aus.

2) Vgl. bes. Voelkel in: ZfB 51, 89 ff.; v. Ballestrem S. 45 f. und auch Westhoff S. 78 ff. (bes. S. 87) und in: ZfB 46, 47 ff.

3) Voelkel in: ZfB 51, 91

Benutzungsrechts nicht den Normalfall eines Kaufvertrages treffe; er ist sich jedoch darüber im klaren, daß diese Erwägung nicht ausschlaggebend ist, da auch ein Recht Gegenstand eines Kaufvertrages sein kann. Besondere Bedeutung mißt er aber dem Umstand bei, daß kein Kaufpreis, sondern eine Entschädigung geschuldet wird (§ 137 I ABG).

Als Pachtvertrag wird der Entstehungsakt nicht angesehen, weil der Grundbesitzer den Gebrauch seines Grundstücks zu bergbaulichen Zwecken nur dulden muß, nicht aber die Nutzung zu gewähren hat. Das entstandene Benutzungsrecht kann auch nicht wie ein Pachtvertrag gekündigt werden. Außerdem ist die Pacht nur ein schuldrechtlicher Vertrag, während das entstandene Benutzungsrecht ein absolutes dingliches Recht ist. ^{4) 5)}

Bei der positiven Deutung des Entstehungsakts geht Westhoff ⁶⁾ von dem Enteignungscharakter der erzwungenen Grundabtretung zur Benutzung aus und folgert aus der Behandlung der Enteignung im ALR ⁷⁾, daß der Entstehungsakt schuldrechtlich ein Zwangskauf eines Rechtes sei; die dingliche Seite vergleicht er mit der Grunddienstbarkeit. Diese Ansicht wird von dem übrigen Schrifttum abgelehnt. In der Tat war schon zur Zeit Westhoffs (und erst recht heute) die Zwangskaufstheorie überholt. ⁸⁾ Auch ist die Grunddienstbarkeit subjektiv-dinglich, den Anspruch auf die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung hat aber jeder Bergbautreibende und nicht nur jeder Bergwerkeigentümer. Allerdings besteht zwischen der erzwungenen Grundabtretung zur Benutzung und der Grunddienstbarkeit große Ähnlichkeit. Die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung kommt auch teilweise dem Erbbaurecht nahe, ohne aber den speziellen Erfordernissen der Erbbaurechtsverordnung zu genügen. ⁹⁾

4) Zur Dinglichkeit speziell siehe den folgenden Abschnitt (§ 18 II S. 77 ff.)

5) Vgl. Klostermann-Thielmann § 135, S. 365; Voelkel in: ZfB 51, 394; Westhoff S. 82 ff. und in: ZfB 46, 51 ff.; a. A. ist das RG (Urteil vom 29. 1. 1887) in: ZfB 28, 398 ff., dieses Urteil ist aber während der Geltung des ALR erlassen, als die Pacht noch dinglichen Charakter hatte, siehe § 135 I 2 ALR, § 2 I 21 ALR und Dernburg, Priv. R. S. 410

6) Westhoff S. 78 ff., (bes. S. 87) und in: ZfB 46, 53 ff.

7) Siehe §§ 3 - 5, 8, 10 I 11 ALR

8) Vgl. Voelkel in: ZfB 51, 87; Gottschalk in: Glückauf 1912, 752 und auch RGZ 61, 102 ff. (109)

9) Vgl. Isay II § 135 Anm. 19 (B IV 2 b β); Klostermann-Thielmann § 135, S. 365; Müller-Erbach S. 315 u. Voelkel in: ZfB 51, 424 ff.

Das übrige Schrifttum konzentriert sich auf zwei Punkte; ein Teil sieht das Wesentliche darin, daß die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung durch einen Obrigkeitsakt bzw. öffentlich-rechtlichen Akt begründet werde,¹⁰⁾ der privatrechtsgestaltende Wirkung habe.¹¹⁾ Andere heben besonders hervor, daß das geschaffene Benutzungsverhältnis ein dem Bergrecht Eigentümliches Recht sei.¹²⁾ Dagegen behandelt Voelkel beide Punkte, den Entstehungsakt und das geschaffene Benutzungsrecht;¹³⁾ diese Trennung ist entscheidend, sie muß meines Erachtens genau beachtet werden. Es muß also der Akt, der das Benutzungsrecht begründet (der Entstehungsakt), unterschieden werden von dem geschaffenen Benutzungsrecht.

Das Benutzungsrecht kann als Enteignung nach Art. 14 III GG direkt durch ein Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes durch eine Entscheidung einer staatlichen Stelle entstehen. Das ABG läßt als Gesetz das einzelne Benutzungsrecht noch nicht entstehen, es bedarf vielmehr eines besonderen Aktes der Bergbehörde.¹⁴⁾ Dieser Akt wäre ein Verwaltungsakt, wenn eine Verwaltungsbehörde durch ihn einen Einzelfall auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts regeln würde, wenn also bestimmte Rechte gewährt oder Pflichten auferlegt würden.¹⁵⁾ Diese Definition auf den Entstehungsakt bei der erzwungenen Grundabtretung zur Benutzung angewandt, ergibt folgendes. Das Oberbergamt¹⁶⁾ ist eine mit öffentlicher Verwaltung betraute Stelle,

10) So bes.: Kramberg S. 37; Gottschalk in: Glückauf 1912, 750 ff.; Brassert-Gottschalk Vorbem. 3 vor § 135, S. 488; Arndt Vorbem. vor § 135

11) So: Boldt Vorbem. 2 vor § 135 und St. u. Brgb. S. 44; aber auch v. Ballestrem S. 47

12) Vgl. Klostermann-Thielmann § 135, S. 365 und Isay II § 135 Anm. 19 (B IV 2 b β)

13) Voelkel in: ZfB 51, 84 ff. (bes. S. 85 und 92) und auch ZfB 51, 422 ff.

14) Vgl. auch oben § 13 III 2 S. 49

15) Vgl. Wolff § 46 I-IV, S. 232 ff.; Forsthoff § 11, S. 183 f.; v. Turegg Kap. 7, 1, S. 111 ff.; Jellinek § 11 I, S. 246; Klinger § 42 Anm. E I 1, S. 153 f.

16) Es entschied in Nordrhein-Westfalen ursprünglich als Kollegialbehörde im Einvernehmen mit dem Regierungspräsidenten, siehe § 142 ABG in Verb. mit § 6 II und Ziffer 122 der Anlage 2 des Ersten Vereinfachungsgesetzes (für NW) vom 23. 7. 1957 (GVBl. S. 189 ff.) und Krautschneider in: Glückauf 1957, 1485.

Durch Erlaß des Ministers für Wirtschaft und Verkehr vom 11. 3. 1960 (Min. Bl. NW Sp. 1277 ff.) ist in Nordrhein-Westfalen (Oberbergämter Dortmund und Bonn) eine neue Geschäftsordnung eingeführt worden, die das bisherige Kollegialsystem durch das Präsidialsystem ersetzt; vgl. Boldt, R. d. Bergm. S. 811 (Nachtrag zu S. 36).

also eine Verwaltungsbehörde. Es wird auch ein einzelner konkreter Lebenssachverhalt rechtlich verbindlich geregelt.

Fraglich ist lediglich, ob diese Regelung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts erfolgt. Diese Frage berührt das gleiche Problem, das oben bereits angedeutet wurde ¹⁷⁾, nämlich ob der Anspruch in § 135 ABG ein privatrechtlicher oder ein öffentlichrechtlicher Anspruch ist und ob dieser Anspruch auf einem subjektiven Privatrecht oder auf einem vollen subjektiven öffentlichen Recht beruht. Damit stellt sich das Problem der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht. Zur Lösung dieses Problems hat die Literatur mehrere Theorien entwickelt, von denen heute vor allem die Subjektions- und die (neuere) Subjektstheorie vertreten werden.

Die Subjektionstheorie meint, die im bürgerlichen Recht erfaßten Sozialbeziehungen beruhten auf der Gleichordnung und die im öffentlichen Recht auf der Unterordnung; im öffentlichen Recht sei der einseitige, mit Zwang verbundene Befehl und im bürgerlichen Recht sei das auf der Willensautonomie beruhende Rechtsgeschäft das typische Gestaltungsmittel; deshalb bestehe im ersten Falle ein Subordinationsrecht und im zweiten ein Koordinationsrecht. ¹⁸⁾ Dieser Theorie wird vorgeworfen, daß die zur Abgrenzung herangezogenen Gesichtspunkte ungeeignet seien, weil es auch im bürgerlichen Recht Unterordnungsverhältnisse gäbe (z.B. das Verhältnis Eltern - Kind) und im öffentlichen Recht Gleichordnungsverhältnisse (z.B. der öffentlichrechtliche Vertrag).

Die (neuere) Subjektstheorie ¹⁹⁾ sieht das Entscheidende in dem Verhältnis der beteiligten Subjekte zum anzuwendenden Rechtssatz. Bedient sich ein Träger hoheitlicher Gewalt eines Rechtssatzes, auf den sich jedermann (jede Privatperson) berufen könnte, so wird bürgerliches Recht angewandt. Können sich jedoch nur ein oder mehrere Träger hoheitlicher Gewalt eines Rechtssatzes bedienen, so wird das öffentliche (Sonder-) Recht, das "Amtsrecht" der Träger hoheitlicher Gewalt angewandt, das Privatpersonen versperrt ist; wenn die Träger hoheitlicher Gewalt nicht selbst Rechtsträger sind, aber von ihnen Tatbestände verwirklicht werden, die so nur von Trägern hoheitlicher Gewalt verwirklicht werden können, so handelt es sich ebenfalls um öffentliches Recht. ²⁰⁾

17) Siehe oben § 5 S. 18 ff.

18) Vgl. bes. Forsthoff § 6, 2, S. 100 f.

19) Zur älteren Subjektstheorie vgl. Wolff § 22 II c, S. 79

20) Vgl. Wolff, § 22, S. 78 ff. und in: AöR 76, 205 ff. (bes. 208 ff.); Boehmer, Einf. § 4 II, S. 14 und Grundl. § 7, S. 164 ff.; ähnlich auch Enneccerus-Nipperdey § 34 II, S. 228 f.

Die Subjektstheorie verdient gegenüber der Subjektionstheorie den Vorzug, da sie in allen (und nicht nur in den meisten) Fällen anwendbar ist und vor allem auch der Tatsache Rechnung trägt, daß es in dem Willen des Gesetzgebers liegt, ein Lebensverhältnis bürgerlichrechtlich oder, wenn es erforderlich ist, auch öffentlichrechtlich zu regeln. ²¹⁾

Wendet man die Subjektstheorie auf den Entstehungsakt bei der erzwungenen Grundabtretung zur Benutzung an, so ergibt sich, daß nicht jede Privatperson, sondern nur das Oberbergamt im Einvernehmen mit dem Regierungspräsidenten sich der Bestimmung des § 142 in Verb. mit § 135 ABG bedienen kann und auf diese Weise ein Benutzungsrecht entstehen lassen kann. Das Oberbergamt ist zwar als Träger der hoheitlichen Gewalt nicht selbst Rechtsträger (Träger des Anspruchs ist nach §§ 64, 135 ff. ABG der Bergbautreibende), das Oberbergamt verwirklicht aber einen Tatbestand, den es in dieser Art und Weise nur selbst unter Anwendung seines Amtsrechts verwirklichen kann, es wird also ein öffentlichrechtlicher Anspruch verwirklicht. Aber auch nach der Subjektionstheorie liegt ein öffentlichrechtlicher Anspruch vor, da zwischen dem Oberbergamt und den Beteiligten (Bergbautreibender und Grundbesitzer) ein Über- und Unterordnungsverhältnis besteht. Man könnte auf den Gedanken kommen, bei Anwendung der Subjektstheorie (und auch der Subjektionstheorie) nicht auf das Verhältnis zwischen der Behörde und den Beteiligten abzustellen, sondern die Beteiligten als widerstreitende Parteien anzusehen, über deren Streit das Oberbergamt (im Einvernehmen mit dem Regierungspräsidenten) als Kollegialbehörde in einem urteilsähnlichen Verfahren entscheidet. Eine Verwaltungsbehörde hat wie im vorliegenden Fall als Gegenspieler die Beteiligten, mögen sie untereinander rivalisieren, und möge für den einen die Entscheidung wünschenswert und sogar günstig sein. Eine Verwaltungsbehörde wird immer dann, wenn sie wie hier "ihr Amtsrecht" anwendet und einen Tatbestand verwirklicht, den in dieser Weise nur sie als Träger hoheitlicher Gewalt verwirklichen kann, als Partei tätig, auch wenn sie verpflichtet ist, alle beteiligten Interessen zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen. Urteile und auch urteilsähnliche Entscheidungen (z.B. Beschlüsse im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit) sind den unabhängigen Gerichten vorbehalten (Rechtsprechung im Sinne von Art. 92 GG); wenn der Gesetzgeber wie hier die Möglichkeit hat, zwischen Urteil und Verwaltungsakt zu wählen, und entscheidet er sich für ein behördliches Verfahren, so kann man die Entscheidung, auch wenn die Interessen der oft widerstreitenden Beteiligten gegeneinander abzuwägen sind, nur als Verwaltungsakt ansehen. ²²⁾

21) Vgl. Wolff AöR 76, 212

22) Ebenso Kremer S. 76 ohne nähere Begründung

Der Akt, der das Benutzungsrecht entstehen läßt, ist also ein Verwaltungsakt. Diese Ansicht wird bestätigt durch die Handhabung der erzwungenen Grundabtretung in den letzten Jahren. ²³⁾

II. Das Wesen des entstandenen Benutzungsrechts

Nunmehr ist zu untersuchen, welches Recht durch den Verwaltungsakt entstanden ist und welche Eigenschaften dieses Recht hat. Die Literatur zum Wesen des entstandenen Rechts wurde bereits im vorigen Abschnitt mitbehandelt, da bis auf Voelkel alle Autoren den Entstehungsakt und das entstandene Recht nicht deutlich trennen; sie ordnen vielmehr den Entstehungsakt und das entstandene Recht jeweils dem gleichen Rechtsverhältnis zu (z.B. Pachtvertrag - Pachtverhältnis; (Zwangs-) Kaufvertrag eines Rechts - Grunddienstbarkeit).

Aus der Entstehungsweise des Benutzungsrechts durch Verwaltungsakt auf Grund eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs ergibt sich nicht, ob es privat-rechtlichen oder öffentlichrechtlichen Charakter hat, da auch Privatrechtsverhältnisse durch Verwaltungsakt begründet werden können. ²⁴⁾ Im vorigen Abschnitt hat sich schon gezeigt, daß das Benutzungsrecht nicht unter die typischen Rechtseinrichtungen des bürgerlichen Rechts einzuordnen ist, der Charakter des Benutzungsrechts läßt sich daher nur deuten, indem man zunächst die einzelnen Wesenszüge untersucht und daraus Rückschlüsse zieht. Insbesondere hat schon immer die Frage eine Rolle gespielt, ob das Benutzungsrecht ein dingliches Recht ist, also die Frage, ob das Benutzungsrecht unmittelbar an dem belasteten Grundbesitz besteht.

Ursprünglich entnahm man die Dinglichkeit des Benutzungsrechts aus § 12 des (preußischen) Eigentumserwerbsgesetzes von 1872. ²⁵⁾ Das Benutzungsrecht

23) Siehe dazu die VO für NW vom 25. 6. 1951 in GVBl 1951, 85 und ZfB 92, 355 mit amtlicher Begründung.

24) Vgl. Wolff § 22 III f., S. 81

25) § 12 Eigentumserwerbsgesetz vom 5. 5. 1872 (siehe GS S. 433 ff.) lautet: "Dingliche Rechte an Grundstücken, welche auf einem privatrechtlichen Titel beruhen, erlangen gegen Dritte nur durch Eintragung Wirksamkeit und verlieren dieselbe durch Löschung.

Der Eintragung bedürfen jedoch nicht die gesetzlichen Vorkaufsrechte, die Grundgerechtigkeiten, die Miete und Pacht und diejenigen Gebrauchs- und Nutzungsrechte, welche nach §§ 8, 142 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 im Wege des Zwangsverfahrens erworben werden können."

wurde nach diesem Gesetz ebenso wie Miete und Pacht als ein dingliches Recht angesehen.²⁶⁾ Zur Begründung dieses dinglichen Rechts (das selbstverständlich als reines Privatrecht angesehen wurde) war nach dem ALR Besitzergreifung erforderlich. Mit Einführung des BGB wurde das Eigentumserwerbsgesetz aufgehoben.²⁷⁾ Für das Benutzungsrecht wurde der bisherige Rechtszustand durch Art. 22 AGBGB²⁸⁾ aufrechterhalten (was nach Art. 67 I EGBGB zulässig war).²⁹⁾

Aus dieser geschichtlichen Entwicklung entnehmen Klostermann-Thielmann, daß zur Begründung des dinglich wirkenden Benutzungsrechts auch heute noch (wie nach dem ALR) die Besitzergreifung des Grundstücks erforderlich ist.³⁰⁾ Sie meinen, daß Art. 22 AGBGB die bisherige Bestimmung - § 12 Eigentumserwerbsgesetz in Verbindung mit dem ALR - nicht geändert habe. Gegen diese Ansicht bestehen insofern Bedenken, als auf die Vorschriften des ALR über die Besitzergreifung zurückgegriffen wird. Handelt es sich hier aber um eine bürgerlichrechtliche Frage aus dem Bereich des Bergrechts, so ist diese heute allein nach dem BGB zu beurteilen, da die dem ABG bei seiner Entstehung zu Grunde liegende Rechtsordnung nicht unabänderlicher Inhalt des ABG werden sollte, sondern in ihrer jeweiligen Form als Ergänzung des ABG dienen sollte.³¹⁾

26) Für Miete und Pacht ergibt sich die Dinglichkeit aus § 135 I 2,

§ 2 I 21 ALR; siehe auch Dernburg, Priv.R. S. 410

27) Siehe Art. 89 Ziff. 28 AGBGB (GS 1899, 177 ff.)

28) Art. 22 AGBGB lautet:

"Zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs bedürfen der Eintragung nicht:

1. das in den Fällen der Enteignung oder der Grundabtretung zu Zwecken des Bergbaubetriebs bestehende gesetzliche Vorkaufsrecht;
2. die Gebrauchs- und Nutzungsrechte, welche nach den §§ 8, 142 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 im Wege des Zwangsverfahrens erworben werden können;

3. pp. "

29) Vgl. auch Voelkel in: ZfB 51, 49

30) Klostermann-Thielmann § 135, S. 368; ebenso auch OT in: ZfB 16, 383

31) Vgl. auch Staudinger Art. 4 EGBGB Anm. 13

Dagegen ist Voelkel ³²⁾, dem sich fast das gesamte Schrifttum angeschlossen hat, ³³⁾ der Meinung, daß der Beschluß über die Begründung des Benutzungsrechts eine unmittelbare dingliche Wirkung äußere; er beruft sich auf Art. 22 AGBGB, der lediglich auf das Erfordernis der Eintragung nach § 873 BGB verzichte, aber an dessen Stelle nicht etwa die Besitzergreifung setze. Voelkel läßt aber offen, ob der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung bewußt eine Änderung der bisherigen Rechtslage herbeiführen wollte.

Neuerdings glaubt Huber das Entscheidende der dinglichen Wirkung darin zu sehen, daß der Beschluß über das Benutzungsrecht die Befugnis des Bergwerkseigentümers konkretisiere, die Verwirklichung eines absoluten Rechts aber keine schwächere Wirkung äußern könne als die Befugnis selbst. Diese Argumentation geht von der falschen Voraussetzung aus, daß das Benutzungsrecht nur dem Bergwerkseigentümer zustehe, nicht aber jedem Bergbautreibenden, selbst wenn sein Recht rein obligatorisch ist.

Westhoff ³⁵⁾ trennt beim Benutzungsrecht das schuldrechtliche (Zwangs-) Verpflichtungsgeschäft von dem dinglichen (Zwangs-) Erfüllungsgeschäft. Während er nach dem Wortlaut von § 12 Eigentumserwerbsgesetz ("dingliche Rechte") bis zur Einführung des BGB das Benutzungsrecht (ebenso wie Miete und Pacht nach dem ALR) als dinglich angesehen hat, meint er, daß nach dem BGB nicht nur Miete und Pacht, sondern auch das Benutzungsrecht als Kausalgeschäft schuldrechtlichen Charakter habe, zumal nicht mehr wie bisher Besitzergreifung erforderlich sei und Art. 22 AGBGB nicht ausdrücklich von dinglichen Rechten spreche. Er ist aber der Ansicht, daß neben der Verpflichtung zur Abtretung (schuldrechtlicher Teil der Abtretung) der Beschluß über das Benutzungsrecht auch dingliche Wirkung habe, da die zwangsweise Abtretung unmittelbar herbeigeführt werde. Diese dingliche Wirkung trete mit Rechtskraft des Beschlusses ein, dann gehe auch, wie sich aus § 144 ABG ergebe, der Besitz über. Eine ähnliche Ansicht vertreten Wolff-Raiser. ³⁶⁾ Sie nehmen an, daß der Beschluß nur obligatorisch wirke, aber zugleich ein behördliches Veräußerungsverbot enthalte. Sie meinen, diese von ihnen

32) Voelkel in: ZfB 51, 435 ff. (bes. 438 f.)

33) Vgl. Gottschalk in: Glückauf 1913, 778 ff. (bes. 782 f.); Müller-Erzbach S. 327; Isay II § 135 Anm. 19 (B IV 2 b β); Boldt § 144 Anm. 3 und auch Brassert-Gottschalk Vorbem. vor § 135 Anm. 3 S. 487

34) Huber § 71 IV 2 a, S. 66

35) Westhoff S. 149 ff und 348 ff.

36) Wolff-Raiser § 97 III 3, S. 395

vorgeschlagene Ansicht habe ihren guten Grund, weil die Entschädigung nicht wie bei der Enteignung vor dem Beschluß gezahlt oder sichergestellt werde.

Für die Frage der dinglichen Wirkung des Benutzungsrechts ist der Grundgedanke von Art. 22 AGBGB entscheidend. Dieser Artikel geht davon aus, daß das Benutzungsrecht eigentlich eine für den guten Glauben des Grundbuchs eintragungsbedürftige Tatsache ist, von der er eine Ausnahme macht. Eintragungsfähig sind aber nur dingliche Rechte und deren Veränderungen an einem Grundstück oder einem eintragbaren Grundstücksrecht sowie Verfügungsbeschränkungen, Vormerkungen und Widersprüche, nicht aber obligatorische Rechte.³⁷⁾ Hätte also Art. 22 AGBGB den bisherigen dinglichen Charakter des Benutzungsrechts aufheben wollen, so hätte er eine entsprechende Bestimmung enthalten müssen und hätte nicht von der Dinglichkeit als selbstverständlicher Voraussetzung ausgehen können. Die Dinglichkeit ergibt sich weiter aus Art. 6 I AGZVG,³⁸⁾ der das Benutzungsrecht als ein Recht an einem Grundstück bezeichnet. Dieser Artikel bedient sich damit der für dingliche Rechte üblichen Ausdrucksweise.

Aus der Behandlung der Dinglichkeit ergibt sich deutlich, daß das Benutzungsrecht ein Privatrecht ist. Nach Art. 67 in Verb. mit Art. 55 EGBGB sind die bisherigen privatrechtlichen Vorschriften des Bergrechts, die dem Landesrecht angehören, unberührt geblieben; (öffentlichrechtliche Vorschriften des Bergrechts konnten ohnehin nicht vom BGB berührt werden, wie sich aus Art. 55 EGBGB ergibt.³⁹⁾ Für die Auslegung von Art. 55 EGBGB zur Frage, ob ein Privatrecht vorliegt, kommt es allein darauf an, was der Gesetzgeber zur Zeit des Erlasses des BGB unter öffentlichem und privatem Recht verstanden hat.⁴⁰⁾ Vor Erlass des BGB hat das Benutzungsrecht in eine Reihe mit anderen

37) Vgl. Wolff-Raiser § 31 II, S. 95; Staudinger § 873 Anm. 11 ff. und Palandt Überl. vor § 873 Anm. 9 und 11

38) Art. 6 I AGZVG lautet:

"Die Rechte an dem Grundstück, die nach Art. 22 des Ausführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch zur Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung nicht bedürfen, bleiben auch dann bestehen, wenn sie bei der Feststellung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt sind."

39) Vgl. auch Palandt Art. 55 EGBGB Anm. 1

40) Vgl. Staudinger Art. 55 EGBGB Anm. 5 und 6 und Palandt Art. 55 EGBGB Anm. 1

dinglichen Rechten gehört, wie z.B. Miete und Pacht (siehe § 12 Eigentums-erwerbsgesetz ⁴¹⁾). Dieser Rechtszustand ist bei Erlass des BGB aufrechterhalten worden, wie sich aus Art. 22 AGBGB ergibt. ⁴²⁾ Das Benutzungsrecht war also zur Zeit des Erlasses des BGB ein dingliches Privatrecht, dieser Charakter wurde durch das BGB nicht berührt. Aus den Übergangsvorschriften (Art. 67 EGBGB und Art. 22 AGBGB) ergibt sich gleichzeitig, daß der numerus clausus der Sachenrechte im BGB nicht gegen die Annahme eines dinglichen privaten Benutzungsrechts spricht. Auch seit Erlass des BGB hat das Benutzungsrecht keinerlei Änderung erfahren, so daß es heute noch ein dingliches Privatrecht ist. ⁴³⁾

Die bisherigen Ausführungen haben ergeben, daß das Benutzungsrecht ein dingliches Privatrecht ist, das durch einen Verwaltungsakt entsteht. Auf den ersten Blick mag es etwas ungewöhnlich erscheinen, daß ein Privatrecht durch Verwaltungsakt entsteht. Solche Verwaltungsakte, die gestaltend in die Privatrechtssphäre eingreifen und diese verändern, nehmen in einem Sozialstaat mit stärker zunehmender Verwaltungstätigkeit immer größeren Raum ein. Diese Verwaltungsakte bezeichnet man als privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte. ⁴⁴⁾

Das Benutzungsrecht ist also ein dingliches Privatrecht, das durch einen privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt entsteht; es ist nicht unter die typischen Rechteinrichtungen des bürgerlichen Rechts einzuordnen und kann daher nur als ein spezielles, dem Bergrecht eigentümliches dingliches Privatrecht umschrieben werden. ⁴⁵⁾ ⁴⁶⁾

III. Die Behandlung im Rechtsverkehr

Nach Entstehung des Benutzungsrechts (also nach Rechtskraft des Beschlusses des Oberbergamts über die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung) beeinträchtigt ein Wechsel der Beteiligten das einmal entstandene Recht

41) Den Wortlaut siehe oben S. 77 Fußn. 25

42) Im einzelnen siehe oben die Ausführungen zur Dinglichkeit § 18 II, S. 77 ff.

43) Vgl. auch Westermann, § 5 I, S. 30, der das Benutzungsrecht mit den anderen dinglichen Privatrechten aufzählt.

44) Vgl. Wolff § 47 I b, S. 241 und auch § 22 III, S. 80 f. und Bürckner S. 4

45) Vgl. dazu auch Willecke (Raimund) § 47, 1, S. 79

46) Für das Benutzungsrecht des Schürfers gilt das gleiche, siehe auch Isay I, 2 § 5 Anm. 14 (A IV 1 b β) und Voelkel in: ZfB 51, 427 f.

einschließlich der Höhe der festgesetzten Entschädigung nicht. Das Benutzungsrecht bedarf nämlich nach Art. 22 AGBGB ⁴⁷⁾ zu seiner Erhaltung gegenüber Rechtsnachfolgern nicht der Eintragung ins Grundbuch; ein Erwerber des Grundstücks kann sich also insoweit nicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§ 892 BGB) berufen. ⁴⁸⁾ Art. 22 AGBGB ⁴⁷⁾ spricht aber kein Verbot der Eintragung aus, sondern sagt nur, daß das Benutzungsrecht zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung bedarf; die Eintragung ist also unnötig, aber zulässig. Grundlage für die Eintragung ist der rechtskräftige Beschluß des Oberbergamtes (§ 144 ABG) oder auch die Bewilligung des Betroffenen, falls er sie nach Erlaß des Beschlusses erteilt. ⁴⁹⁾

Ähnlich wie bei der Grundbucheintragung ist auch die rechtliche Behandlung des Benutzungsrechts in der Zwangsversteigerung. Nach Art. 6 I AGZVG ⁵⁰⁾ geht das Benutzungsrecht bei einer Zwangsversteigerung des Grundstücks auch dann nicht unter, wenn es bei der Feststellung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt wird.

Aus Art. 22 AGBGB, aber auch aus Art. 6 I AGZVG ergibt sich, daß das Benutzungsrecht beim Bergbautreibenden völlig neu entsteht, frei von irgendwelchen sonstigen Belastungen, und dieses Recht nicht von einem Rechtsvorgänger in irgendeiner Weise abgeleitet wird; der Bergbautreibende erwirbt das Benutzungsrecht daher originär. ⁵¹⁾

Während des Abtretungsverfahrens können sowohl der Bergbautreibende als auch der Grundbesitzer wechseln. Die Literatur nimmt in beiden Fällen an, daß durch einen Wechsel der Beteiligten das Verfahren nicht beeinträchtigt wird, weil es kraft Gesetzes zwischen jedem Bergbautreibenden und jedem Grundbesitzer durchgeführt werden kann. Durch eine Rechtsnachfolge wird nämlich die materielle Rechtslage nicht geändert; war die Grundabtretung bisher zulässig, so ist sie es auch gegen den Rechtsnachfolger, da die Person des Grundbesitzers bzw. Bergbautreibenden keine Rolle spielt. Außerdem spricht die bei der

47) Den Wortlaut siehe S. 78 Fußn. 28

48) Vgl. dazu auch Voelkel in: ZfB 51, 445 f.; Klostermann-Thielmann § 135, S. 368; Müller-Erzbach S. 328 und Westhoff S. 149 f und S. 278

49) Vgl. Klostermann-Thielmann § 135, S. 368; Isay II § 135 Anm. 19 (B IV 2 b β); Güthe-TriebeI Art. 22 AGBG Anm. 7, S. 1604 und auch Willecke (Raimund) § 47, 1, S. 80

50) Den Wortlaut siehe S. 80 Fußn. 38

51) Vgl. auch Lehmann § 21 II, S. 122

Grundabtretung herrschende Officialmaxime dafür, daß eine Rechtsnachfolge auf das schwebende Verfahren keinen Einfluß hat. ⁵²⁾ Die Praxis der Bergbehörden ist dagegen bei Rechtsnachfolge auf seiten des Grundbesitzers anders; es wird das bisherige Verfahren eingestellt; gegen den neuen Grundbesitzer muß dann ein neues Verfahren eingeleitet werden. Diese Handhabung begründen die Bergbehörden insbesondere mit § 143 ABG; sie meinen, der neue Grundbesitzer müsse gehört werden und habe das Recht, einen Sachverständigen zu bezeichnen. Dagegen sind die bergrechtlichen Schriftsteller der auch meines Erachtens richtigen Ansicht, daß der neue Grundbesitzer die Erklärungen seines Rechtsvorgängers gegen sich gelten lassen müsse. ⁵³⁾

Von besonderer Bedeutung ist noch die Frage des Rechtsweges. Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten gehören nach § 13 GVG vor das Zivilgericht und verwaltungsrechtliche Streitigkeiten nach § 40 VwGO vor das Verwaltungsgericht. Die Ausführungen im vorigen Teilabschnitt haben ergeben, daß der Entstehungsakt ein Verwaltungsakt ist und das entstandene Benutzungsrecht ein privates dingliches Recht. Demnach müßten alle Rechtsstreitigkeiten, die den Entstehungsakt betreffen, der Verwaltungsgerichtsbarkeit und alle, die das entstandene Benutzungsrecht betreffen, der Zivilgerichtsbarkeit unterliegen. Welcher Rechtsweg zulässig ist, ist aber im ABG weitgehend geregelt (§§ 145, 146 ABG), soweit ein öffentlichrechtlicher Anspruch der Zivilgerichtsbarkeit unterstellt ist, liegt eine Zuständigkeit kraft Zuweisung vor. ⁵⁴⁾

Der Anspruch auf Entschädigung im weitesten Sinn kann lediglich auf dem Zivilrechtsweg verfolgt werden. Zwar eröffnet das ABG den Zivilrechtsweg nicht ausdrücklich, es setzt ihn aber für die Entschädigung voraus, wie sich aus § 146 ABG ergibt; deshalb wird auch für die Entschädigung der Verwal-

52) So Isay II § 143 Anm. 5 (E); siehe auch Voelkel in: ZfB 51, 442 f.; Westhoff S. 270 ff.; Klostermann-Thielmann § 143 Anm. 1, S. 392; Müller-Erzbach S. 325; Brassert-Gottschalk § 143 Anm. 2, S. 529; Boldt § 143 Anm. 2; RG in: ZfB 49, 298 f. und ReKß in: ZfB 52, 445 f.

53) Siehe bes. Westhoff S. 270 ff. (277) und die Literatur von Fußn. 52

54) Vgl. Wolff § 19 V b 3, S. 71

tungsrechtsweg in § 145 I, 3 ABG ausgeschlossen.⁵⁵⁾ Zur Entschädigung gehören die Nutzungsentschädigung (§§ 135, 137 ABG), die Entschädigung für die Grundabtretung zu Eigentum, sie soll bzgl. des Rechtsweges hier bereits mitbehandelt werden, (§ 136 II; § 137 II, 3; § 138 ABG), der Ersatz des Minderwerts (§ 137 II, 1 ABG) und die Sicherheitsleistung (§ 137 II, 2 ABG).

Im übrigen verfolgt das ABG bezüglich des Rechtsweges folgenden Weg. Gegen den Beschluß des Oberbergamts im Grundabtretungsverfahren ist (jetzt) der Verwaltungsrechtsweg gegeben, der Zivilrechtsweg gilt nur ausnahmsweise neben dem Verwaltungsrechtsweg für die Grundabtretung zu Eigentum nach § 136 II ABG und wenn ein besonderer Rechtstitel (z.B. Vertrag, Verjährung) vorliegt, der vom Grundabtretungsanspruch befreit. Im übrigen trifft das ABG bezüglich des Rechtsweges im Grundabtretungsverfahren keine Regelung.

Für die noch übrigbleibenden Fälle kommt es darauf an, ob ein öffentlich-rechtlicher oder ein privatrechtlicher Anspruch geltend gemacht wird.

Eine solche Trennung des Rechtsweges nach öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Ansprüchen ist in unserer Rechtsordnung⁵⁶⁾ immer dann unvermeidlich, wenn ein Rechtsverhältnis öffentlichrechtliche und privatrechtliche Elemente enthält und eine Bestimmung fehlt, die alle Streitigkeiten über das Rechtsverhältnis nur einem Rechtsweg zuweist. Ähnliche Verhältnisse wie beim ABG bestehen beim Schwerbeschäftigtengesetz. Für alle öffentlichrechtlichen Streitigkeiten (das sind z.B. der Beschluß des Landesarbeitsamtes über die Zwangseinstellung, § 10 SchwerbeschG und die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle zur Kündigung, § 18 SchwerbeschG) besteht der

55) Früher bestand nur die Möglichkeit des Rekurses, heute ist an die Stelle des Rekurses der Verwaltungsrechtsweg getreten; obwohl in Nordrhein-Westfalen das Oberbergamt keine Kollegialbehörde mehr ist (vgl. dazu oben S. 74 Fußn. 16), werden die im ABG vorgesehenen Beschlüsse weiterhin als Kollegialentscheidungen erlassen (s. Erlaß des Ministers für Wirtschaft und Verkehr vom 4. 5. 1960 - I A 1/04/12 -). Es kann daher auch die Verwaltungsklage ohne Vorverfahren erhoben werden (s. § 6 I Ausführungsgesetz NW z. VwGO vom 26. 3. 1960 - GVBl S. 47 ff. -) Vgl. im einzelnen Boldt, R.d.Bergm. S. 811 f. (Nachtrag zu S. 36).

56) Siehe § 13 GVG, § 40 VwGO und auch Art. 19 IV GG

Verwaltungsrechtsweg (in bestimmten Fällen ist auch das Sozialgericht als Sonderverwaltungsgericht zuständig).⁵⁷⁾ Alle privatrechtlichen Streitigkeiten, insbesondere soweit sie das durch Zwang entstandene privatrechtliche Arbeitsverhältnis betreffen (z.B. Lohnzahlung, Kündigung), sind vor den Arbeitsgerichten auszutragen.⁵⁸⁾ Fast ebenso ist es bei der Wohnraumbewirtschaftung. Verfügungen der Wohnungsbehörde (z.B. die Mietverfügung nach § 16 WohnBewG) sind nach einem Widerspruchsverfahren vor dem Verwaltungsgericht anzufragen; Streitigkeiten über das durch Zwang entstandene Mietverhältnis (z.B. Zahlung der Miete, Kündigung) sind im Zivilrechtsweg auszutragen.⁵⁹⁾

In den Fällen, in denen das ABG bezüglich des Rechtsweges im Grundabtretungsverfahren keine Regelung enthält, kommt es also darauf an, ob ein öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Anspruch vorliegt. Für die Beendigung des Benutzungsrechts gilt z.B. folgendes: Verlangt der Grundbesitzer Rückgabe des Grundstücks wegen weggefallener Notwendigkeit,⁶⁰⁾ so macht er jetzt den Anspruch aus § 135 ABG mit umgekehrtem Vorzeichen geltend; dieser Anspruch ist ebenso wie der des Bergbautreibenden aus § 135 ABG öffentlichrechtlicher Natur, insoweit muß daher der Verwaltungsrechtsweg eingeschlagen werden. Beansprucht dagegen der Grundbesitzer das Grundstück nach § 137 I ABG zurück, weil die Benutzung beendet ist, so besteht kein Streit über den Grundabtretungsanspruch, sondern über das entstandene dingliche Recht, das der Bergbautreibende trotz beendigter Benutzung nicht aufgeben will; dieser Anspruch ist privatrechtlicher Art und kann nur vor den Zivilgerichten geltend gemacht werden.⁶¹⁾ Der Zivilrechtsweg ist auch gegeben für alle Streitigkeiten mit Dritten, da diese nur das dingliche Recht (nicht aber den Grundabtretungsanspruch) beeinträchtigen können.⁶²⁾

57) Vgl. Becker, Vorbem. zu § 26; Sellmann § 10 Anm. 16 und § 17 Anm. 15 und Zigan vor §§ 26 - 30 Anm. 36

58) Vgl. Becker § 10 Anm. 12; Sellmann § 17 Anm. 15 und die Handhabung der Arbeitsgerichte, siehe z.B. BAGE 6, 87 ff., BAGE 5, 208 ff. und BAGE 4, 101 ff.

59) Vgl. dazu Boehmer, Grundl. § 11 B II 1, S. 260 ff. (für das Wohnungsgesetz, das inzwischen vom WohnBewG abgelöst ist, siehe oben S. 50 Fußn. 85)

60) Vgl. dazu oben § 5, S. 20 f.

61) Vgl. auch Isay II § 137 Anm. 11 (B II 3)

62) Vgl. zum obigen Abschnitt Isay II § 142 Anm. 2 (B I); Müller-Erbach S. 328 ff. und Willecke (Raimund) § 48, S. 82

§ 19. Die erzwungene Grundabtretung zu Eigentum

I. Der Entstehungsakt

Die erzwungene Grundabtretung zu Eigentum erfolgt entweder auf Verlangen des Grundeigentümers oder auf Verlangen des Bergbautreibenden.⁶³⁾ Im Schrifttum wird nur die vom Grundeigentümer erzwungene Übernahme des Grundstücks behandelt, nicht aber die Grundabtretung auf Verlangen des Bergbautreibenden. Das erst 1937 in das ABG eingefügte Recht des Bergbautreibenden hat in Literatur oder Rechtsprechung bisher zu keiner Stellungnahme geführt.

Bei Erörterung der vom Grundeigentümer erzwungenen Übernahme des Grundstücks wird regelmäßig eine Parallele zur erzwungenen Grundabtretung zur Benutzung gezogen und die Übernahme nicht als (Kauf-) Vertrag angesehen.⁶⁴⁾ Voelkel⁶⁵⁾ empfindet aber die Regelung im ABG als zu knapp und lückenhaft und schlägt daher vor, daß die Oberbergämter bestimmte Vorschriften des BGB über den Kaufvertrag in der Form von Bedingungen in den Beschluß aufnehmen. Ähnliche Überlegungen werden Isay⁶⁶⁾ veranlaßt haben, die erzwungene Übernahme als einen kaufähnlichen Vertrag (§ 445 BGB) anzusehen. Westhoff⁶⁷⁾ weist darauf hin, daß die erzwungene Übernahme dem Grundeigentümer lediglich die Möglichkeit bieten soll, die für ihn günstigere Abtretungsart zu wählen; dadurch werde sie aber nicht zu einem Kaufvertrag, vielmehr bleibe der Charakter des Zwangskaufes erhalten. Die oben behandelten Auffassungen fast aller Autoren lassen eine gewisse Unsicherheit erkennen; man sieht praktisch gegenüber einem Kaufvertrag keinen großen Unterschied.

Der Beschluß des Oberbergamtes, der die Grundlage für den Eigentumserwerb (auf Verlangen des Grundeigentümers oder auf Verlangen des Bergbautreibenden) bildet, ist jedoch kein Kaufvertrag oder kaufähnliches Geschäft,

63) Die Ausführungen des § 19 gelten auch für die erzwungene Grundabtretung zu Schürfzwecken, § 7 ABG verweist auf die entsprechenden Bestimmungen bei der Grundabtretung des Bergbautreibenden, siehe auch Isay I, 2, § 5 Anm. 18 (A IV 2 b)

64) Vgl. Voelkel in: ZfB 51, 92 f.; Klostermann-Thielmann § 135, vor Anm. 1, S. 367; Brassert-Gottschalk Vorbem. 3 vor § 135, S. 487; Müller-Erzbach S. 327 und Kramberg S. 34

65) Voelkel in: ZfB 51, 92 f.

66) Isay II § 137 Anm. 16 (C II 2)

67) Westhoff S. 90 f. und S. 152, sowie in: ZfB 46, 56 ff.

sondern ebenso wie bei der erzwungenen Grundabtretung zur Benutzung ein privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt.⁶⁸⁾ Welches Verhältnis dieser Verwaltungsakt schafft, ob er direkt Eigentum verschafft (originärer Eigentumserwerb), ob er nur den Kaufvertrag oder auch die Auflassung ersetzt, soll im folgenden untersucht werden.

II. Das Wesen des entstandenen Rechts

Man könnte ebenso wie beim Benutzungsrecht von der Frage der Dinglichkeit ausgehen. Die Dinglichkeit wird aber im Schrifttum nur von Müller-Erzbach⁶⁹⁾ behandelt; er wendet Art. 22 AGBGB⁷⁰⁾ analog an und kommt so zu einer dinglichen Wirkung des Beschlusses. Das übrige Schrifttum befaßt sich nur mit der praktischen Frage, ob der Beschluß die Auflassung ersetzt; da die Auflassung aber ein dingliches Rechtsgeschäft ist, hängt beides miteinander zusammen.

Im Schrifttum wird teilweise die Meinung vertreten, daß der Beschluß nur obligatorische Wirkung habe, weil das ABG keine besondere Bestimmung über die Wirkung des Beschlusses enthalte (anders zum Beispiel § 44 EntG).⁷¹⁾

Die gleiche Ansicht vertreten Wolff-Raiser;⁷²⁾ sie meinen aber, daß der Beschluß neben der obligatorischen Wirkung ein behördliches Veräußerungsverbot enthalte. Wolff-Raiser stützen sich insoweit auf das Urteil des Reichsgerichts vom 30. 12. 1905.⁷³⁾ Dieses Urteil geht jedoch davon aus, daß eine Auflassung nicht erforderlich ist (der Beschluß hat also nach dem RG dingliche Wirkung), nur zur weiteren Sicherung des Anspruchs gewährt das RG eine Verfügungsbeschränkung.⁷⁴⁾

Einige Autoren vertreten auch die entgegengesetzte Meinung und folgern aus dem Enteignungscharakter der Grundabtretung, daß durch den Beschluß das Eigentum unmittelbar übergehe, so daß das Grundbuch nur berichtigt

68) Die Argumente, die beim Benutzungsrecht zur Annahme eines Verwaltungsakts führten, treffen auch hier zu, siehe oben § 18 I, S. 72 ff.

69) Müller-Erzbach S. 328

70) Den Wortlaut siehe S. 78 Fußn. 28

71) So: Predari § 6 Anm. 3 b, S. 71; KG in: ZfB 46, 113 ff.; das KG hat diese Rechtsprechung aber bald aufgegeben.

72) Wolff-Raiser § 97 III 3, S. 395

73) RGZ 62, 215 ff. = ZfB 47, 265 ff.

74) Vgl. auch Isay II § 144 Anm. 9 (C III)

zu werden brauche. ⁷⁵⁾ Gegen diese Ansicht bestehen Bedenken; aus Art. 14 III GG folgt nicht, daß die Enteignung dinglich wirkt und unmittelbar den Eigentumserwerb herbeiführt. ⁷⁶⁾

Im Schrifttum wird dagegen die überwiegende Meinung vertreten, daß der Beschluß die bei einer rechtsgeschäftlichen Übertragung nach § 873 BGB erforderliche Auflassung ersetze. Man geht davon aus, daß, wenn ein Gesetz einer Behörde die Befugnis erteilt, einen Beschluß über die Eigentumsübernahme zu erlassen, dieser Beschluß auch die Kraft haben müsse, das Widerstreben der Parteien zu brechen. ⁷⁷⁾

Der letzten Ansicht ist zuzustimmen. Sie entspricht der Auffassung von der Wirkung privatrechtsgestaltender Verwaltungsakte. Wenn ein Verwaltungsakt den Willen des Grundeigentümers (bzw. des Bergbautreibenden) bricht, so muß auch der Verwaltungsakt an die Stelle aller Handlungen treten, die der Grundeigentümer (bzw. der Bergbautreibende) bei vertraglicher Regelung vorzunehmen hätte. Daher ersetzt der Beschluß das schuldrechtliche und das dingliche Geschäft. Die im bürgerlichen Recht übliche Trennung von schuldrechtlichem und dinglichem Geschäft nimmt der Verwaltungsakt nicht vor, er ist nur auf das Ergebnis, den Entzug des Eigentums, gerichtet; er wirkt daher bezüglich des Eigentumsübergangs nur dinglich und nicht auch obligatorisch, wie Westhoff meint. Der Beschluß ersetzt aber nur die Auflassung und nicht gleichzeitig die Grundbucheintragung. Die Eintragung kann auf Grund des Verwaltungsaktes erfolgen und hängt nicht vom Willen des Grundeigentümers (bzw. Bergbautreibenden) ab; sie braucht daher auch nicht erzwungen zu werden. Der Verwaltungsakt würde nur dann die Grundbucheintragung ersetzen, wenn ihm diese Wirkung durch eine besondere Vorschrift beigegeben wäre (wie zum Beispiel in § 44 EntG).

75) So: Kramberg S. 47 f.; Brassert-Gottschalk § 146 Anm. 4 c, S. 540; Gottschalk in: Glückauf 1913, 783 f.; Müller-Erzbach S. 328; Schlüter-Hense § 146 Anm. XI 2, S. 319 und Westhoff S. 348 f. (neben dieser dinglichen Wirkung hat nach Westhoff der Beschluß ebenso wie beim Benutzungsrecht obligatorische Wirkung.)

76) Vgl. auch Haas S. 36

77) Vgl. Isay II § 144 Anm. 9 (C III 2); Klostermann-Thielmann § 146 Anm. 4, S. 402 f.; Boldt § 144 Anm. 3 b; Voelkel in: ZfB 51, 441; RGZ 62, 215 ff. = ZfB 47, 265 ff.; KG 7, 139 ff. = ZfB 29, 527 ff.; OLG Breslau in: ZfB 29, 531 ff.; KG in: ZfB 30, 340 ff.; KG in: ZfB 48, 162 ff.; KG in: ZfB 55, 517 ff. (520 f.) u. PrOVG in: JW 1920, 582 ff.

Der Beschluß schafft also nicht unmittelbar (privatrechtliches) Eigentum; da er aber die Auflassung ersetzt, schafft er ein dingliches (privatrechtliches) Anwartschaftsrecht auf das Grundstück.

III. Die Behandlung im Rechtsverkehr

Besondere Bedeutung hat die streitige Frage, ob der Beschluß über die erzwungene Grundabtretung zu Eigentum originär oder derivativ wirkt, und damit, ob die Rechte Dritter am Grundstück automatisch wegfallen oder auf den Bergbautreibenden als neuen Eigentümer übergehen.

Originären Eigentumserwerb nehmen die Autoren an, für die der Beschluß unmittelbaren Eigentumserwerb herbeiführt. Westhoff ⁷⁸⁾ geht wieder von der von ihm vertretenen Zwangskauftheorie aus. Er meint, durch den Zwangskauf werde das Grundstück dem allgemeinen Rechtsverkehr entzogen und damit eine Rechtslage geschaffen, die mit dem physischen Untergang des Grundstücks zu vergleichen sei; nach erfolgtem Zwangskauf hafte daher nicht mehr das Grundstück, sondern die Entschädigung. Diese allgemeinen Grundsätze des ALR über den Zwangskauf, die später in § 45 EntG aufgenommen seien, hätten auch im Bergrecht Geltung, da aus den §§ 135 ff. ABG sich nichts Gegenteiliges entnehmen lasse. Im übrigen beruft er sich für seine Meinung auf Art. 109 in Verbindung mit Art. 52, 53 EGBGB, den er auf die Grundabtretung anwendet, weil er in ihr eine Enteignung sieht. ⁷⁹⁾

Demgegenüber vertritt die herrschende Meinung die Ansicht, ⁸⁰⁾ daß durch die erzwungene Grundabtretung zu Eigentum die dinglichen Rechte am Grundstück nicht erlöschen; vielmehr sei der Grundeigentümer nur verpflichtet, die dinglichen Rechte löschen zu lassen; soweit es nicht geschehe, bestünden sie weiter; die Realgläubiger hätten keinen unmittelbaren Anspruch gegenüber dem Bergbautreibenden, ihnen stünden aber die Rechte aus §§ 1133, 1134 BGB zu. Art. 109 in Verbindung mit Art. 52, 53 EGBGB wendet die

78) Westhoff S. 91 ff. und S. 209 ff. sowie in: ZfB 46, 232 ff.

79) Ebenso wie Westhoff: Kramberg S. 55; Gottschalk in: Glückauf 1913, 778 ff. (784); KG in: ZfB 51, 173 ff., das diese Rspr. aber aufgegeben hat (s. dazu die nachfolgende Fußn. 80); siehe auch Brassert-Gottschalk § 145 Anm. 4 S. 534

80) Vgl. Isay II § 144 Anm. 9 (C III 4); Voelkel in: ZfB 51, 420 f.; Boldt § 144 Anm. 3 b; Arndt § 144 Anm. 3; Klostermann-Thielmann § 144 Anm. 4 S. 396; Müller-Erzbach S. 316; RGZ 93, 10 ff. und KG in: ZfB 55, 517 ff. (521 ff.)

herrschende Meinung nicht an, weil sie in der Grundabtretung keine Enteignung sieht.

Die herrschende Meinung ist allerdings mit einer anderen Begründung vorzuziehen. Auf die erzwungene Grundabtretung als einen Fall der Enteignung kann Art. 109 EGBGB angewendet werden. Die Verweisung auf Art. 52 und 53 EGBGB hat aber nur dann Bedeutung, wenn die besonderen Voraussetzungen dieser beiden Bestimmungen vorliegen. An ihnen fehlt es aber. Art. 52 und 53 EGBGB können nur eingreifen, wenn die Rechte Dritter beeinträchtigt werden.⁸¹⁾ Der originäre Eigentumserwerb ist also Voraussetzung für die Anwendung der Art. 52 und 53 EGBGB, er ergibt sich aber nicht aus diesen Vorschriften, wie die Vertreter der Ansicht meinen, die originären Erwerb annehmen. Ein Vergleich mit dem Enteignungsgesetz macht die Lage deutlich. Nach § 45 EntG wird mit der Zustellung des Enteignungsbeschlusses das Grundstück von allen Lasten frei; aus dem unmittelbaren Eigentumsübergang (§ 44 EntG) und seiner Wirkung auf die Rechte Dritter ergibt sich der originäre Eigentumserwerb, so daß für das Enteignungsgesetz die Art. 52 und 53 EGBGB angewendet werden können, wenn die weiteren Voraussetzungen dieser Artikel vorliegen. Das Grundabtretungsrecht hat aber keine den §§ 44 und 45 EntG entsprechenden Bestimmungen, aus denen ein originärer Erwerb geschlossen werden könnte.

Der Beschluß über die erzwungene Grundabtretung zu Eigentum hat also keinen originären Charakter, er befreit das Grundstück nicht von den Rechten Dritter; auch die Art. 52 und 53 EGBGB können auf die erzwungene Grundabtretung nicht angewandt werden.

Für eine Rechtsnachfolge während des Verfahrens über die erzwungene Grundabtretung zu Eigentum gilt dasselbe wie beim erzwungenen Benutzungsrecht. Wenn der Bergbautreibende bzw. der Grundbesitzer wechselt, wird, da eine materielle Änderung der Rechtslage nicht eintritt, das Verfahren nicht beeinträchtigt. Der Rechtsnachfolger ist an die Anträge seines Rechtsvorgängers gebunden.⁸²⁾

Nach Eigentumsübergang richtet sich die Wirkung einer Rechtsnachfolge nach den allgemeinen Vorschriften; der Bergbautreibende ist Eigentümer geworden und kann über sein Eigentum nach Belieben verfügen; bei der

81) In Art. 52 EGBGB heißt es: "soweit sein Recht beeinträchtigt wird".

82) Vgl. Isay II § 143 Anm. 5 (E); Voelkel in: ZfB 51, 444; Westhoff S. 354 und Kramberg S. 54

erzwungenen Grundabtretung eines Teilgrundstücks besteht aber unter Umständen ein Vorkaufsrecht nach § 141 ABG.

Bei der erzwungenen Grundabtretung zu Eigentum taucht auch das Problem auf, ob ein Dritter das zu seinen Gunsten bestehende dingliche Vorkaufsrecht ausüben kann. Nach herrschender Ansicht setzt die Ausübung des Vorkaufsrechts einen bürgerlichrechtlichen Verkauf des Grundstücks voraus, der bei einer erzwungenen Eigentumsverschaffung nicht vorliegt.⁸³⁾ Voelkel⁸⁴⁾ hält die Ausübung des Vorkaufsrechts auch deshalb nicht für möglich, weil sie sinnlos sei; wenn der Vorkaufsberechtigte von seinem Recht Gebrauch gemacht habe, so habe der Bergbautreibende nämlich auf jeden Fall gegen ihn erneut einen Grundabtretungsanspruch. Dieser Gedanke von Voelkel trifft uneingeschränkt nur für die vom Bergbautreibenden erzwungene Grundabtretung zu Eigentum zu; wenn der Grundeigentümer die Übernahme des Grundstücks verlangt, kann der Vorkaufsberechtigte von seinem Recht Gebrauch machen, um diese Übernahme zu verhindern und nur ein Benutzungsrecht entstehen zu lassen; insofern wäre die Ausübung eines Vorkaufsrechts nicht sinnlos.

Ein Vorkaufsberechtigter kann vielmehr nur deshalb sein Recht nicht ausüben, weil die erzwungene Grundabtretung zu Eigentum nicht durch einen bürgerlichrechtlichen Verkauf des Grundstücks erfolgt, sondern durch einen Verwaltungsakt.⁸⁵⁾

83) So: Voelkel in: ZfB 51, 418 f.; Klostermann-Thielmann § 136 Anm. 2, S. 379; Isay II § 137 Anm. 17 (C II 3); OT in: ZfB 10, 426 ff. und auch Westhoff S. 56 f mit der Begründung vom originären Eigentumserwerb

84) Voelkel in: ZfB 51, 418 f.

85) Wegen des Rechtsweges vgl. oben § 18 III, S. 83 ff.

Sechster Abschnitt

Die Grundabtretung durch gütliche Einigung

§ 20. Die vereinbarte Grundabtretung zur Benutzung

Bei der vereinbarten Grundabtretung zur Benutzung sind ebenso wie bei der erzwungenen der Entstehungsakt und das geschaffene Benutzungsrecht zu unterscheiden. Im Schrifttum tritt diese Trennung bei der Grundabtretung zur Benutzung durch gütliche Einigung etwas schärfer als bei der durch Zwangsverfahren hervor.

Nach Westhoff ¹⁾ entsteht das auf gütlichem Wege geschaffene Benutzungsrecht durch einen Kaufvertrag (Kauf eines Rechts) entsprechend seiner Auffassung von dem im Zwangsverfahren entstandenen Benutzungsrecht (Entstehung durch Zwangskauf). Demgegenüber meint Voelkel, ²⁾ schon vor der Einigung liege, wenn der Bergbautreibende ein entsprechendes Betriebsbedürfnis habe, in abstrakto infolge der Höherbewertung des Bergbaues gegenüber dem Grundbesitz ein dem Bergrecht entsprungenes Rechtsverhältnis zwischen dem Bergbautreibenden und dem Grundbesitzer vor; dieses noch ungewisse Rechtsverhältnis werde bei der Einigung infolge beiderseitigen Nachgebens zu einem konkreten Rechtsverhältnis umgestaltet; demnach sei die Einigung ein Vergleich nach § 779 BGB.

Die Auffassungen von Westhoff und Voelkel werden vom übrigen Schrifttum abgelehnt, weil sie zu sehr konstruiert seien und dem Wesen des Entstehungsaktes Gewalt antäten. Gegen die Ansicht von Westhoff werden außerdem die gleichen Argumente vorgebracht, wie gegen seine Zwangskaufstheorie. Voelkels Ansicht wird besonders deshalb abgelehnt, weil ein gegenseitiges Nachgeben nicht begriffliche Voraussetzung der gütlichen Einigung sei. Die herrschende Meinung bezeichnet dagegen den Entstehungsakt als einen bergrechtlichen Vertrag ³⁾ oder als einen bergrechtlichen Vertrag sui generis. ⁴⁾

Gegen die herrschende Meinung mag begrifflich nichts einzuwenden sein, nur ist ihre Begriffsbestimmung so weit und farblos, daß sie fast ohne

1) Westhoff S. 94 f.

2) Voelkel in: ZfB 51, 391 ff.

3) So: Brassert-Gottschalk Vorbem. vor § 135, S. 488; Klostermann-Thielmann § 135, S. 366 und Isay II § 135 Anm. 16 (B IV 2 a.)

4) So: Gottschalk in: Glückauf 1913, 778 ff. (780)

praktische Bedeutung ist. Zumindest muß diese Begriffsbestimmung ergänzt werden, und es muß festgestellt werden, ob der bergrechtliche Vertrag ein privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Vertrag ist.

Das Rechtsinstitut des öffentlichrechtlichen (oder verwaltungsrechtlichen) Vertrages ist erst in neuester Zeit allgemein anerkannt worden; noch Otto Mayer⁵⁾ lehnte es ab, da es mit dem Verhältnis zwischen Bürger und Staat unvereinbar sei. Mit der Anerkennung des öffentlichrechtlichen Vertrages taucht auch gleichzeitig die Schwierigkeit seiner Abgrenzung zum privatrechtlichen Vertrag auf. Alle Autoren, die sich mit diesem Problem befassen, lehnen sich an die von ihnen vertretenen Theorien zur Abgrenzung von Privatrecht und Verwaltungsrecht an. Forsthoff, der die Subjektionstheorie vertritt,⁶⁾ grenzt den privatrechtlichen und den öffentlichrechtlichen Vertrag auch danach ab, ob ein Über- oder Unterordnungsverhältnis vorliegt; da bei einem Vertrag sich ja zwei Partner gegenüberstehen, stellt er auf ihren rechtlichen Rang ab, ob ein Über- und Unterordnungsverhältnis vorliegt. Er verkennt allerdings nicht, daß es weniger auf die Beteiligten als auf den Inhalt des Vertrags ankommt, also darauf, ob der Vertrag sich auf einen Gegenstand des öffentlichen Rechts bezieht.⁷⁾ Einen ähnlichen Weg geht Stern⁸⁾, er stellt darauf ab, ob die vertragliche Regelung dem Wesen nach durch Vorschriften des öffentlichen Rechts bestimmt ist, und ob von dem Vertrag öffentlichrechtliche Wirkungen ausgehen. Damit unterscheiden sich Forsthoff und Stern nur noch wenig von der Subjektstheorie, bei der es darauf ankommt, ob das "Amtsrecht" der Verwaltung dem Verträge zugrundeliegt.⁹⁾

Diese oben entwickelten Voraussetzungen für einen öffentlichrechtlichen Vertrag werden allgemein bei den sogenannten Expropriationsverträgen (Enteignung durch gütliche Einigung) als gegeben angesehen.¹⁰⁾

5) Vgl. Mayer in: AöR 3, 3 ff. (bes. S. 5 und 37 ff.)

6) Vgl. dazu die Ausführungen oben §18 I, S. 75

7) Vgl. Forsthoff § 14, 1 S. 249 ff. (bes. S. 254 f.)

8) Vgl. Stern in VwArch 49, 106 ff. (bes. 155)

9) Vgl. dazu oben § 18 I, S. 75 f. einschließlich der Literatur auf S. 75 Fußn. 20 und auch Wolff § 44 I, S. 221 f.

10) Vgl. Wolff § 44 I, 2, S. 222; Forsthoff § 14, 1, S. 252; Stern VwArch 49, 148 f.; Salzwedel S. 94 und Imboden S. 138 f. für das schweizerische Recht.

In der Tat werden bei den Fällen der Enteignung durch gütliche Einigung (z.B. nach dem (pr) EntG) dem Wesen nach öffentlichrechtliche Vorschriften mit öffentlichrechtlicher Wirkung, also das Amtsrecht der Verwaltung, das Privaten versperrt ist, angewandt. Ebenso liegt es bei der vereinbarten Grundabtretung zur Benutzung; beim Entstehungsakt wenden die Beteiligten die Vorschriften an, die vom Gesetzgeber primär zum Erlaß eines Verwaltungsakts gesetzt sind, insbesondere bedienen sich die Beteiligten des öffentlichrechtlichen Anspruchs aus § 135 ABG, ¹¹⁾ dessen sich nur das Oberbergamt als Träger hoheitlicher Gewalt und für den Fall der gütlichen Einigung die Beteiligten bedienen können.

Allerdings besteht zwischen den Expropriationsverträgen und der vereinbarten Grundabtretung zur Benutzung ein Unterschied; die vereinbarte Grundabtretung zur Benutzung geschieht ohne Mitwirkung des Oberbergamts, die Expropriationsverträge werden aber immer unter Mitwirkung der beteiligten Behörde abgeschlossen, vergleiche zum Beispiel: § 110 BBauG, § 37 Landbeschaffungsgesetz, § 18 Schutzbereichgesetz, § 27 BaulBeschG und § 28a NW AufbG (die beide durch das BBauG aufgehoben sind), § 16 und 26 (pr) EntG, Art. 26 (bay.) AG ZPO KO, Art. XVII bay. Zwangsabtretungsgesetz vom 17. Nov. 1837 ¹²⁾ und Art. 9 bay. Gesetz über die Enteignung aus Gründen des Gemeinwohls vom 1. Aug. 1933. ¹³⁾ Soweit sich die Beteiligten vor Einleitung des Enteignungsverfahrens (nach den obigen Gesetzen) ohne Mitwirkung der zuständigen Behörde einigen, wird diese Einigung dem Privatrecht zugeschrieben. ¹⁴⁾

Man könnte daran denken, diesen Gedanken auf die vereinbarte Grundabtretung zur Benutzung anzuwenden und mangels Beteiligung des Oberbergamts an der gütlichen Einigung einen privatrechtlichen Vertrag annehmen. Jedoch ist die Situation bei der vereinbarten Grundabtretung zur Benutzung völlig anders als bei einer Einigung ohne Beteiligung der zuständigen Behörde nach den oben aufgeführten Enteignungsgesetzen. Bei der vereinbarten Grundabtretung zur Benutzung ist die gütliche Einigung Verfahrensvoraussetzung. Der Bergbautreibende muß, wenn er die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung betreiben will, bei seinem Antrag an das Oberbergamt eine

11) Siehe dazu oben § 5 S. 18 ff. und § 18 I, S. 75 ff.

12) GVBl S. 109 ff.

13) GVBl 1934 S. 1 ff.

14) Vgl. Forsthoff § 14, 1, S. 252, Seufert, Art. 26 AGZPÖKO Anm. 36, Salz-
wedel S. 94 und für das schweizerische Recht Imboden IV, A, a, S. 139

Erklärung abgeben, daß eine gütliche Einigung ergebnislos versucht worden ist. Die gütliche Einigung ist also Verfahrensvoraussetzung zum späteren Grundabtretungsverfahren und ist als Vorverfahren bereits zum Grundabtretungsverfahren im weiteren Sinn zu rechnen. Betrachtet man die vereinbarte Grundabtretung zur Benutzung unter diesem Gesichtspunkt, so entspricht die gütliche Einigung bei der Grundabtretung der gütlichen Einigung in den oben aufgeführten Enteignungsgesetzen; in beiden Fällen hat die gütliche Einigung öffentlichrechtlichen Charakter, im einen Fall als Verfahrensvoraussetzung und im anderen als Einigung im Verfahren unter Mitwirkung der zuständigen Behörde. In diesem Zusammenhang spielt es keine entscheidende Rolle, daß bei der vereinbarten Grundabtretung nur die Beteiligten den Vertrag schließen ohne Mitwirkung eines Trägers hoheitlicher Gewalt, vielmehr können auch Privatpersonen einen öffentlichrechtlichen Vertrag schließen. ¹⁵⁾

Folgt man dieser Auslegung nicht und sieht die gütliche Einigung nicht als öffentlichrechtlichen Vertrag an, so muß man § 135 ABG (und auch die sonstigen Ansprüche im Rahmen des Grundabtretungsverfahrens) in einen privatrechtlichen Anspruch (der zur gütlichen Einigung führt) und in einen öffentlichrechtlichen Anspruch (der zum Verwaltungsakt führt ¹⁶⁾) aufteilen. Nach dem Wortlaut (der Art und Weise der Fassung) des § 135 ABG und auch wohl nach dem (objektiven) Willen des Gesetzgebers dürfte diese Bestimmung nur einen Anspruch enthalten, die entgegengesetzte Meinung müßte als lebensfremde Konstruktion abgelehnt werden.

Zusammenfassend ergibt sich, daß der Entstehungsakt bei der vereinbarten Grundabtretung zur Benutzung ein dem Bergrecht angehörender öffentlichrechtlicher Vertrag ist. ¹⁷⁾ Dieser Vertrag kann durch gegenseitiges Nachgeben zustandekommen (muß es aber nicht, wie Voelkel meint ¹⁸⁾), er enthält dann Elemente des Vergleichs; der Vertrag kann aber auch in einem Anerkennen des Anspruches seitens des Grundbesitzers bestehen, ohne dann ein

15) Vgl. Wolff § 44, I a 2., *Bf, u. a.* S. 221; Forsthoff § 14, 1, S. 255; Salzwedel S. 40 und 43; Imboden S. 44 für das schweizerische Recht; a. A. Huber, Bd. I, § 6, 2, S. 57 f., der fordert, daß zumindest eine Seite ein mit hoheitlicher Gewalt Beliehener sein muß, siehe auch Bd. I, § 57, 3 d, S. 682

16) Ein Verwaltungsakt kann nach der herrschenden Begriffsbestimmung nur auf einem öffentlichrechtlichen Anspruch beruhen.

17) Anderer Ansicht Kremer S. 75 ohne nähere Begründung

18) Siehe dazu oben § 20 S. 92

Anerkenntnis im eigentlichen Sinn zu sein, da er keinen "Anerkenntnis-Verwaltungsakt" zur Folge hat wie z.B. im Prozeß das Anerkenntnisurteil. ¹⁹⁾

Das gütlich vereinbarte Benutzungsrecht steht in seiner Wirkung dem durch Zwangsverfahren begründeten Benutzungsrecht gleich. Es entsteht ebenfalls das gleiche, dem Bergrecht eigentümliche dingliche Privatrecht wie beim erzwungenen Benutzungsrecht. Diese Wirkung folgt daraus, daß beide auf demselben Grundabtretungsanspruch beruhen und sich nur in der Entstehungsart unterscheiden. Diese Ansicht wird auch im Schrifttum vertreten, sie wird mit § 142 ABG und der Ausdrucksweise des Art. 22 AGBGB (... "erworben werden können") begründet. ²⁰⁾

Das durch gütliche Einigung begründete Benutzungsrecht hat daher auch die gleichen Rechtsfolgen wie das erzwungene Benutzungsrecht, ohne daß es bei der gütlichen Einigung besonders hervorgehoben zu werden braucht. Der Grundbesitzer kann also zum Beispiel, wenn eine Wertminderung eingetreten ist (§ 137 II ABG) oder wenn die Benutzung nach Ablauf von drei Jahren fort-dauert (§ 138 ABG), den Antrag auf Übernahme des Grundstücks stellen, ²¹⁾ der Grundbesitzer hat auch Anspruch auf Sicherheitsleistung (§ 137 II ABG), und auf Rückgabe des Grundstücks, wenn es für den Bergbau nicht mehr benötigt wird.

Die Parteien können aber auch einen Pacht- oder Mietvertrag mit allen sich daraus ergebenden Folgen schließen (zum Beispiel keine Beschränkung der Nutzung nur für bergbauliche Zwecke und Möglichkeit der Kündigung des Vertragsverhältnisses). Dann muß sich jedoch eindeutig aus dem Vertrag ergeben, daß die Parteien einen Pacht- oder Mietvertrag gewollt haben. Die Bezeichnung als Pacht- oder Mietvertrag wird allein nicht genügen, um auf einen entsprechenden Willen der Parteien zu schließen. Bei der Auslegung eines solchen Vertrages ist im Zweifel anzunehmen, daß die Parteien lediglich das

19) Vgl. dazu: Dittus-Zinkahn, Baulandbeschaffungsgesetz § 28 Anm. 2 (das Baulandbeschaffungsgesetz ist inzwischen durch das Bundesbaugesetz vom 23. Juni 1960 - BGBl I S. 341 ff. - ersetzt worden).

20) Vgl. Voelkel in: ZfB 51, 393 und Westhoff S. 151

21) Siehe z.B. Voelkel in: ZfB 51, 444

bergrechtliche Benutzungsrecht auf gültlichem Wege begründen wollten. 22) Mit Abschluß eines Pacht- oder Mietvertrages ist der Grundabtretungsanspruch nicht verbraucht; der Bergbautreibende kann also immer noch die Einräumung des Benutzungsrechts sowohl durch gültliche Einigung als auch im Zwangsverfahren verlangen. Das ergibt sich daraus, daß es sich um völlig verschiedene Rechtsverhältnisse handelt und daß ein schuldrechtliches Pacht- oder Mietverhältnis nicht einen dinglichen Anspruch erfüllen kann. Hat jedoch der Bergbautreibende bei Abschluß eines Pacht- oder Mietvertrages zu erkennen gegeben, daß damit seine augenblicklichen Bedürfnisse an Grund und Boden erfüllt sind, so hat er damit auf den Grundabtretungsanspruch wenigstens teilweise verzichtet. Dieser Verzicht wird meist dahin auszu-legen sein, daß er nur solange und soweit gilt, als der Pacht- oder Mietvertrag den Bedürfnissen des Bergbautreibenden gerecht wird; sobald also der Pacht- oder Mietvertrag nicht ausreicht, oder dieser Vertrag endet, oder sein Bestand streitig wird, kann der Bergbautreibende auf den Grundabtretungsanspruch zurückgreifen.

Das durch gültliche Einigung begründete Benutzungsrecht ist im Rechtsverkehr ebenso zu behandeln wie das erzwungene Benutzungsrecht, da beide gleiche Wirkung haben. Im Schrifttum wird allerdings teilweise eine andere Ansicht vertreten. Westhoff ²³⁾ meint, daß das vereinbarte Benutzungsrecht ebenso wie das erzwungene obligatorisch wirke; von einer dinglichen Wirkung, die er beim erzwungenen Benutzungsrecht dem Beschluß beimißt, spricht er bei der gültlichen Einigung nicht. Unklar sind die Ansichten von Klostermann-Thielmann ²⁴⁾ sie sprechen ohne nähere Begründung von einem obligatorischen Vertrag. Isay ²⁵⁾ geht einen anderen Weg. Er stellt darauf ab, wer den Vertrag mit dem Bergbautreibenden schließt. Ist es der Grundeigentümer oder ein sonstiger dinglich Berechtigter, so erlangt nach Isay der Bergbautreibende auch ein dingliches Recht; wenn der Abtretende selbst aber nur ein obligatorisches Recht hat (etwa Miete oder Pacht), so erlangt der

22) Vgl. Voelkel in: ZfB 51, 391 ff.; Westhoff S. 245 ff.; Gottschalk in: Glückauf 1913, 778 ff. (780); Brassert-Gottschalk Vorbem. vor § 135, S. 488; Klostermann-Thielmann § 135, S. 366; Müller-Erbach S. 307; Isay II § 135 Anm. 16 (B IV 2 a ~~u~~); RG in: Daub. I, S. 178 ff.; RG in: ZfB 32, 248 f. = Daub. I, S. 180 ff. und auch RG in: ZfB 30, 356 ff. = Daub. I, S. 185 ff.

23) Westhoff S. 150 f.

24) Klostermann-Thielmann § 135, S. 369

25) Isay II § 135 Anm. 19 (B IV 2 b ~~u~~)

Bergbautreibende nach seiner Ansicht auf gutlichem Wege auch nur ein obligatorisches Benutzungsrecht. Isay stützt sich für seine Ansicht auf den Rechtsgedanken: *nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet*. Seine Ansicht ist im Ausgangspunkt richtig, meines Erachtens ist aber eine andere Folgerung aus seinen Gedanken zu ziehen.

Das erzwungene Benutzungsrecht hat dinglichen Charakter²⁶⁾, das vereinbarte steht ihm mit allen Folgen gleich, es hat also auch dinglichen Charakter. Da ein Mieter oder Pächter nicht in die Rechte des Grundeigentümers eingreifen und nicht mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat, wird bei einer Vereinbarung zwischen einem Mieter oder Pächter und einem Bergbautreibenden kein dingliches Benutzungsrecht geschaffen, sondern es wird ein Untermiet- bzw. ein Unterpachtverhältnis vereinbart.

Die gutliche Einigung bedarf zur Entstehung (mangels einer entsprechenden Bestimmung) keiner besonderen Form.²⁷⁾

Nach erfolgter Einigung beeinträchtigt eine Rechtsnachfolge das vereinbarte Benutzungsrecht nicht. Zu seiner Erhaltung ist ebenso wie bei dem ihm gleichstehenden erzwungenen Benutzungsrecht eine Eintragung im Grundbuch nicht erforderlich; Art. 22 AGBGB gilt nämlich auch für das durch gutliche Einigung entstandene Benutzungsrecht, wie sich aus dem Wortlaut (... "erworben werden können") ergibt.²⁸⁾ Aus Art. 22 AGBGB folgt außerdem, daß der Rechtsnachfolger des Grundbesitzers ohne Grundbucheintragung an die Höhe der gutlich vereinbarten Nutzungsentschädigung gebunden ist.^{29) 30)}

26) Dazu siehe oben § 18 II, S. 77 ff.

27) Vgl. Boldt § 142 Anm. 2 und auch Klostermann-Thielmann § 135, S. 369

28) Vgl. Voelkel in: ZfB 51, 448; Isay II § 135 Anm. 16 (B IV 2 a α) und Müller-Erzbach S. 307

29) Vgl. Voelkel in: ZfB 51, 446; Westhoff S. 143 ff.; Klostermann-Thielmann § 135, S. 368 und OT in: ZfB 16, 381; a. A. Turnau-Förster Anhang I, II A IV, S. 450, er will die Nutzungsentschädigung analog der Reallast behandeln und verlangt daher ihre Eintragung im Grundbuch.

30) Für die vereinbarte Grundabtretung zu Schürfzwecken gelten die gleichen Grundsätze wie für die oben behandelte vereinbarte Grundabtretung zur Benutzung, siehe auch Isay I, 2, § 5 Anm. 12 (A IV 1 a)

Ähnlich wie bei der erzwungenen Grundabtretung ist auch bei der vereinbarten Grundabtretung der Rechtsweg zu bestimmen. § 145 II ABG eröffnet den (Zivil-) Rechtsweg für die vereinbarte Grundabtretung nicht; die gütliche Einigung ist kein spezieller Rechtstitel im Sinne von § 145 II ABG, da sie nicht von dem Grundabtretungsanspruch befreit, sondern ihn verwirklicht.³¹⁾ Das ABG enthält vielmehr bezüglich des Rechtswegs der gütlichen Einigung keine Regelung. Es kommt also darauf an, ob ein öffentlich-rechtlicher Anspruch vorliegt, der vor dem Verwaltungsgericht geltend zu machen ist, oder ob ein privatrechtlicher Anspruch besteht, der vor dem Zivilgericht zu verfolgen ist.³²⁾ Demnach sind alle Streitigkeiten, die mit dem öffentlich-rechtlichen Anspruch (§ 135 ABG) zusammenhängen, vor allem also Streitigkeiten über die Entstehung des Benutzungsrechts durch den öffentlich-rechtlichen Vertrag (die gütliche Einigung), vor den Verwaltungsgerichten zu verfolgen. Alle Streitigkeiten, die das entstandene Benutzungsrecht betreffen, sind privatrechtliche Streitigkeiten und müssen vor den Zivilgerichten ausgetragen werden. Bezüglich der Beendigung des Benutzungsrechts ist ebenso wie bei der erzwungenen Grundabtretung zur Benutzung zu unterscheiden, ob der Grundbesitzer behauptet, das Grundstück sei für den Bergbau nicht mehr notwendig (dann Verwaltungsrechtsweg), oder ob er das Grundstück zurückverlangt, weil (unstreitig) die Benutzung beendet ist (dann Zivilrechtsweg).³³⁾ Gewisse Schwierigkeiten bereitet allerdings die Frage, welcher Rechtsweg für die Entschädigung (im weitesten Sinn³⁴⁾) gegeben ist. Die Entschädigung ist aber, insbesondere weil sie bei der Grundabtretung zur Benutzung laufend zu zahlen (jährlich im voraus, § 137 I ABG) und als Gegenleistung für das entstandene Benutzungsrecht anzusehen ist, Ausfluß des privaten Benutzungsrechts; die Entschädigung hat also mit der Verwirklichung des Grundabtretungsanspruchs (dem Entstehungsakt) nichts zu tun, sondern sie ist lediglich eine Folge des Entstehungsakts. Auch bei dem Schwerbeschädigtengesetz und dem Wohnraumbewirtschaftungsgesetz werden der Lohn bzw. die Miete als Ausfluß des entstandenen Rechts angesehen und nicht zum Entstehungsakt

31) Vgl. dazu Boldt § 145 Anm. 3 b; Klostermann-Thielmann § 145 Anm. 6; Motive zu § 145 ABG in: ZfB 6, 169 f. und OT in: ZfB 14, 249 ff.

32) Vgl. im einzelnen die Ausführungen über die erzwungene Grundabtretung zur Benutzung, oben § 18 III, S. 83

33) Vgl. im einzelnen oben § 18 III, S. 85

34) Siehe dazu oben § 18 III, S. 83 f.

gerechnet.³⁵⁾ Bei der erzwungenen Grundabtretung wurde diese Frage nicht akut, da sich bereits aus dem ABG ergibt,³⁶⁾ daß der Zivilrechtsweg gegeben ist; das Schwerbeschädigtengesetz und das Wohnraumbewirtschaftungsgesetz schweigen sich dagegen aus, welcher Rechtsweg für den Anspruch auf Lohn bzw. Miete einzuschlagen ist, deshalb kann auch die Parallele dieser durch Zwang entstandenen Rechtsverhältnisse zur vereinbarten Grundabtretung zur Benutzung gezogen werden. Die Entschädigung bei der vereinbarten Grundabtretung zur Benutzung ist also im Streitfalle vor den Zivilgerichten geltend zu machen.

§ 21. Die vereinbarte Grundabtretung zu Eigentum

In der gütlichen Einigung über die Grundabtretung zu Eigentum sehen alle Autoren, die sich mit diesem Problem beschäftigen, einen Kaufvertrag.³⁷⁾ Es besteht aber Streit darüber, wie dieser Kaufvertrag auszulegen ist, insbesondere, ob ergänzend die §§ 135 ff. ABG anzuwenden sind. Voelkel³⁸⁾ und Klostermann-Thielmann³⁹⁾ sind der Ansicht, daß den Vertragspartnern der subtile Unterschied zwischen Einigung über die Grundabtretung und Kaufvertrag regelmäßig nicht bekannt sei; die Parteien glaubten vielmehr, einen Kaufvertrag zu schließen, so daß die Bestimmungen der §§ 135 ff. ABG keine Anwendung finden könnten. Dem Grundeigentümer steht nach dieser Ansicht nicht das Vorkaufsrecht des § 141 ABG zu; andererseits ist er verpflichtet, gemäß §§ 434, 435, 439 II BGB die Rechte Dritter am Grundstück löschen zu lassen, wenn vertraglich nichts anderes vereinbart ist. Demgegenüber vertreten Gottschalk⁴⁰⁾ und Westhoff⁴¹⁾ die Ansicht, daß die Parteien regelmäßig auch ein Rechtsverhältnis der §§ 135 ff. ABG schaffen wollten. Beide Autoren geben dem Grundeigentümer das Vorkaufsrecht nach § 141 ABG und halten ihn nicht für verpflichtet, das Grundstück frei von Rechten Dritter zu übertragen; sie betonen besonders den Unterschied zu ihrer Ansicht, daß bei

35) Vgl. oben § 18 III, S. 84 f.

36) Siehe §§ 145 und 146 ABG und oben § 18 III, S. 83 f.

37) Vgl. Voelkel in: ZfB 51, 397 f.; Westhoff S. 245 ff.; Klostermann-Thielmann § 135, S. 366; Gottschalk in: Glückauf 1913, 780 f.; Müller-Erbach S. 307; Isay II § 135 Anm. 23 (B IV 3 bα) und auch AppG Ratibor in: ZfB 20, 366 ff.

38) Voelkel in: ZfB 51, 397 f.

39) Klostermann-Thielmann § 135, S. 366

40) Gottschalk in: Glückauf 1913, 780 f.

41) Westhoff S. 248 f.

der erzwungenen Grundabtretung zu Eigentum ein lastenfreier (originärer) Eigentumserwerb erfolge und begründen ihn folgerichtig damit, daß bei einer vertraglichen Vereinbarung kein originärer Eigentumserwerb möglich sei.

Die Einigung über die Grundabtretung zu Eigentum ist ebenso wie die beim vereinbarten Benutzungsrecht ein dem Bergrecht angehörender öffentlich-rechtlicher Vertrag, insoweit kann auf die Ausführungen zum vereinbarten Benutzungsrecht verwiesen werden. Soweit das ABG für die Grundabtretung zu Eigentum Vorschriften enthält, wie zum Beispiel das Vorkaufsrecht nach § 141 ABG, sind sie, ohne daß es bei der gütlichen Einigung einer Erwähnung bedarf, anwendbar. Die gütliche Einigung über die Grundabtretung zu Eigentum wird nach den Regeln des Kaufvertrages vollzogen, der Kaufvertrag ist lediglich das Mittel, mit dessen Hilfe der öffentlichrechtliche Anspruch erfüllt wird; der Vertrag unterliegt daher auch den Formvorschriften des § 313 BGB; eine formbefreiende Bestimmung (wie zum Beispiel bei der Enteignung nach dem Enteignungsgesetz - § 16 EntG in Verb. mit Art. 12 § 1 II AGBGB ⁴²⁾ bzw. § 26 EntG -) fehlt im Grundabtretungsrecht ⁴³⁾ Im Zweifel ist auch ebenso wie beim vereinbarten Benutzungsrecht anzunehmen, daß jeder Grundstückskaufvertrag zwischen einem Bergbautreibenden und einem Grundeigentümer eine gütlich erzielte Grundabtretung ist. Diese Vermutung gilt jedoch nur dann, wenn die Voraussetzungen der §§ 136 II, 137 II, 138 oder 139 II ABG vorliegen; kann der Bergbautreibende nur ein Benutzungsrecht beanspruchen und der Grundeigentümer keine Eigentumsübernahme verlangen, so liegt ein gewöhnlicher Grundstückskaufvertrag vor.

42) Art. 12 § 1 AGBGB lautet:

"Für einen Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke gegen Übernahme einer festen Geldrente zu übertragen (Rentengutsvertrag), genügt bei den durch Vermittlung der Generalkommission begründeten und bei den vom Staate ausgegebenen Rentengütern die schriftliche Form.
Das Gleiche gilt für den in den §§ 16, 17 des Gesetzes über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. Juni 1874 (Gesetz-Samml. S. 221) bezeichneten Vertrag über die freiwillige Abtretung von Grundeigentum."

43) Vgl. auch Westhoff S. 249; Klostermann-Thielmann § 135, S. 369; Gottschalk in: Glückauf 1913, 781; Brassert-Gottschalk Vorbem. 3 vor § 135, S. 488; Müller-Erzbach S. 308; Isay II § 135 Anm. 16 (B IV 2 a a); Boldt § 142 Anm. 2 und Arndt § 142 Anm. 1

Ein Dritter, der ein Vorkaufsrecht an dem abgetretenen Grundstück hat, kann dieses bei der vereinbarten Grundabtretung zu Eigentum nicht ausüben; die vereinbarte Grundabtretung zu Eigentum ist ebensowenig ein bürgerlich-rechtlicher Verkauf wie die erzwungene Grundabtretung, sie erfolgt nur mit Hilfe eines Kaufvertrages. ⁴⁴⁾

Zur Frage der Rechtsnachfolge vor und nach Eigentumsübergang ist bei der gütlichen Einigung über die Grundabtretung zu Eigentum nichts zu sagen, sie richtet sich nach den allgemeinen (bürgerlichrechtlichen) Vorschriften. ⁴⁵⁾

Rückblickend ist festzuhalten, daß die vereinbarte Grundabtretung (Benutzungsrecht und Grundabtretung zu Eigentum) in ihrer Wirkung der erzwungenen Grundabtretung gleichsteht, Unterschiede bestehen nur in der Art und Weise der Entstehung. ⁴⁶⁾

44) Vgl. auch Klostermann-Thielmann § 136 Anm. 2, S. 379 und OT in: ZfB 10, 426; gegen die Ansicht von Voelkel (in: ZfB 51, 418 f.) bestehen die gleichen Bedenken wie gegen seine Ansicht bei der erzwungenen Grundabtretung zu Eigentum, siehe oben § 19 III, S. 91

45) Die Ausführungen dieses Abschnitts gelten auch für die gütliche Abtretung zu Schürfzwecken, siehe auch Isay I, 2, § 5 Anm. 18 (A IV 2 b)

46) Bezüglich des Rechtsweges gelten die gleichen Gesichtspunkte wie bei der vereinbarten Grundabtretung zur Benutzung, siehe oben § 20 S. 99 f.

Siebenter Abschnitt

Die gegenwärtige Entwicklung

§ 22. Die Grundabtretung im Isay'schen Entwurf

Schon seit Jahrzehnten bestanden Bestrebungen zur Vereinheitlichung des deutschen Bergrechts. Als nach 1945 die Bundesrepublik entstand, wurde die Forderung nach einem Bundesberggesetz erneut erhoben. Das geringe Interesse des Bundesgesetzgebers an einem Bundesberggesetz veranlaßte Rudolf Isay, der Öffentlichkeit 1954 einen Gesetzentwurf eines Bundesberggesetzes vorzulegen.

Besonders der Abschnitt "Bergbau und Grundbesitz" enthält gegenüber der bisherigen (preußischen) Regelung erhebliche Abweichungen (§§ 47 ff. ¹⁾). Die wichtigste Neuerung ist die Zusammenfassung von Grundabtretung und Einwirkungen des Bergbaues (bisher Bergschaden) zu einem einheitlichen Rechtsinstitut (§ 48), das Isay als Sonderfall der Enteignung nach Art. 14 III GG ansieht. Diese Zusammenfassung von Grundabtretung und Bergschaden ist dogmatisch nicht zu beanstanden. Nicht nur die Grundabtretung, sondern auch die Einwirkungen des Bergbaues sind bei der Regelung von Isay eine Enteignung nach Art. 14 III GG. ²⁾ Die Einwirkungen werden mit der Grundabtretung völlig gleichgestellt, sie knüpfen wie diese nicht an ein Essentiale des betroffenen Grundstücks an, sondern an einen von außen hinzutretenden Umstand; Grundabtretung und Einwirkungen können daher zu einem einheitlichen Rechtsinstitut, das Enteignungscharakter hat, zusammengefaßt werden. Diese Zusammenfassung ist Isay zwar äußerlich gelungen, zu einer organischen Verschmelzung hat sie aber nicht geführt. Er hat einen einheitlichen Begriff für die Grundabtretung und die Einwirkungen nicht geprägt, sondern führt beide nebeneinander auf; diese Trennung macht er auch bei der weiteren Regelung. Insgesamt hat man den Eindruck, daß die Einwirkungen des Bergbaues zu einem Anhängsel der Grundabtretung geworden sind. Diese Angleichung bedeutet für die Grundabtretung keinen besonderen Vor- oder Nachteil, der bisherige Bergschaden, der schon im ABG nicht seiner Bedeutung

1) Paragraphen ohne Zusatz sind in diesem Abschnitt die des Isay'schen Entwurfs.

2) Damit soll nicht gesagt werden, daß der Bergschaden nach geltendem Recht eine Enteignung bzw. ein enteignungsgleicher Eingriff ist; der Rechtscharakter des Bergschadens muß vielmehr in dieser Arbeit unberücksichtigt bleiben.

entsprechend ausführlich und erschöpfend genügt geregelt ist, wird im Isay'schen Entwurf noch stiefmütterlicher behandelt. Der Vorschlag von Isay bedarf daher vor allem vom Bergschadensrecht aus einer Untersuchung. Die Nachteile, die die heutige Regelung enthält (insbesondere die Abgrenzungsschwierigkeiten und die teilweise als willkürlich empfundenen verschiedenen Folgen bei der Grundabtretung und dem Bergschaden), können bei einem neuen Berggesetz durch eine differenziertere Regelung vermieden werden. Im übrigen hat Isay die Abgrenzungsschwierigkeiten nicht überwunden; Einwirkungen sind nach seinem Entwurf zulässig, wenn sie sich aus der Durchführung eines genehmigten Betriebsplanes ergeben (§ 48 II). Die Grundabtretung erfolgt durch einen Beschluß des Oberbergamtes und der mittleren Verwaltungsbehörde (§ 58) ³⁾. Damit bleibt nach erfolgter Genehmigung des Betriebsplanes fraglich, in welchen Fällen (zum Beispiel bei Zubruchbau) ein besonderer Beschluß über die Grundabtretung herbeigeführt werden muß und in welchen Fällen ein Eingriff unmittelbar auf Grund des Betriebsplanes erfolgen kann. Die bisherige Regelung ist daher wenigstens in ihren Grundzügen dem Vorschlag Isays vorzuziehen.

§ 47 I enthält mit der Berücksichtigung des Bergbaues bei der Landesplanung einen begrüßenswerten Vorschlag; in der konkreten Fassung erscheint er allerdings zu unbestimmt. Bei der Formulierung von Isay ("ermächtigen") scheint es der inneren Verwaltung überlassen zu sein, ob die Bergbehörde zugezogen werden soll. Das Ziel Isays läßt sich daher am zweckmäßigsten dadurch erreichen, daß man die Bergbehörde in bestimmten, zu Bergbaugebieten erklärten Landesteilen an allen neu aufzustellenden Plänen oder sonstigen Maßnahmen, die die Bebauung regeln, ⁴⁾ beteiligt. Bei konsequenter Durchführung dieses Vorschlages wird allerdings eine erhebliche Mehrbelastung und damit ein starkes Anschwellen der Bergbehörden eintreten, so daß eine solche Regelung praktisch nicht durchführbar sein wird.

Sehr interessant ist auch der Vorschlag Isays, in Bergbaugebieten durch Verordnung dem Grundstücksberechtigten (Eigentümer oder dinglich Nutzungsberechtigter) die Pflicht aufzuerlegen, durch geeignete Maßnahmen den aus den Einwirkungen des Bergbaues drohenden Schaden abzuwenden oder zu

3) Dieses Verfahren ist auch für Einwirkungen zulässig, wenn kein Betriebsplan vorliegt, was selten der Fall sein wird.

4) Z.B. Bauleitpläne, Bebauungspläne und Umlegungspläne nach dem Bundesbaugesetz vom 23. Juni 1960 und die Erklärung zu Landschaftsschutzgebieten nach dem Naturschutzgesetz vom 26. Juni 1935

mindern (§ 47 II). Die Kosten soll der Bergbauunternehmer (Bergbautreibende) nur dann ersetzen, wenn eine derartige Maßnahme im Einzelfall auf seinen Antrag ergeht (§ 47 III). Bedenken bestehen insoweit, als im Fall des § 47 III die Maßnahmen vom Grundstücksberechtigten ohne Ersatz der Kosten getroffen werden sollen. Hier wird das zu leistende Opfer nicht an ein Essentiale des betroffenen Grundstücks angeknüpft, das dessen objektiven Wert bestimmt, sondern an den Bergbau, der für das Grundeigentum ein von außen hinzutretender Umstand ist.⁵⁾ Die Maßnahmen können also nicht entschädigungslos verlangt werden.⁶⁾

Neben der allgemeinen Kritik von Brockhoff⁷⁾ an § 48 ist auch die Kritik über die Einzelheiten dieser Bestimmung berechtigt. Unklar ist der Begriff "Betrieb des Bergbaues" in Zusammenhang mit der späteren Aufzählung: Förderung, Aufbereitung oder Versand der gewonnenen Erzeugnisse. Richtiger wäre eine beispielhafte Aufzählung. Auch die Neuerung in § 48 III, die dem Bergbauunternehmer das Recht gibt, die Grundabtretung zu Eigentum zu verlangen, wenn anzunehmen ist, daß das Grundstück länger als drei Jahre benutzt wird, ist nicht zu begrüßen. Eine Enteignung sollte im Interesse des Betroffenen immer nur so weit gehen, wie es erforderlich ist, auch wenn der durch die Enteignung Begünstigte gewisse Nachteile in Kauf nehmen muß, wie zum Beispiel die Errichtung von Daueranlagen auf fremdem Grund und Boden. Zu einem kleinen Teil wird aber die von Isay vorgeschlagene Regelung durch die Ausdehnung des Vorkaufsrechts, das zu seiner Erhaltung gegenüber dem öffentlichen Glauben im Grundbuch eingetragen werden muß, auf alle Fälle der Grundabtretung zu Eigentum ausgeglichen (§ 57).

Mit § 49 hat Isay inhaltlich fast den § 136 ABG übernommen. Das Recht des Bergbauunternehmers, die Grundabtretung zu Eigentum zu verlangen, fehlt; dafür wird aber in den meisten Fällen der oben schon besprochene § 48 III eingreifen. Außerdem verzichtet Isay darauf, daß der Wirtschaftsminister das überwiegende öffentliche Interesse feststellt.

Eine sehr glückliche Lösung ist die Zusammenfassung aller Tatbestände, bei deren Vorliegen der Grundeigentümer die Grundabtretung zu Eigentum verlangen kann (§ 50).

5) Im einzelnen siehe oben § 13, S. 35 ff.

6) Vgl. auch Brockhoff in: ZfB 96, 237

7) Brockhoff in: ZfB 96, 237 f.

Klarheit schafft § 51 für die bisher bestrittene Frage, ob das Grundstück bereits mit Fortfall der Notwendigkeit zurückzugeben ist oder erst nach Einstellung (bzw. Teileinstellung) des Betriebes.

In § 52 III hat Isay die Bestimmung des § 137 III ABG über die Sicherheitsleistung bei Wertminderung und in § 53 die Regelung des § 139 ABG, der die Folgen bei einer Zerstückelung des Grundstücks behandelt, übernommen.

Von Bedeutung ist auch die Regelung in §§ 56 und 62 III. Mit diesen Paragraphen ist die Grundabtretung zu Eigentum dem übrigen Enteignungsrecht angeglichen worden. Die Rechte Dritter fallen nach § 56 durch den Beschluß des Oberbergamtes weg, die Entschädigung tritt an die Stelle des Grundstücks. Art. 52 und 53 EGBGB, die bisher nach herrschender Meinung infolge Art. 67 II EGBGB nur für den Bergschaden galten, sind nunmehr auch auf die Grundabtretung anzuwenden. Nach § 62 III ersetzt der Beschluß nur die Auflassung,⁸⁾ nicht aber die Eintragung, sie soll auf Antrag der Beauftragten (des Oberbergamtes und des Regierungspräsidenten) erfolgen; insoweit besteht also noch ein Unterschied zum übrigen Enteignungsrecht.

Isays Ansicht,⁹⁾ daß infolge des Enteignungscharakters der Einwirkungen keine Entschädigung bei geringfügigen oder ortsüblichen Einwirkungen geschuldet wird, gehört nicht in diesen Zusammenhang, sondern ist eine Frage des Bergschadensrechts.¹⁰⁾

Stiefmütterlich hat Isay die gütliche Einigung behandelt; er erwähnt sie nur in § 59 II, begünstigt sie aber nicht durch besondere Formerleichterungen, wie es im Enteignungsrecht üblich ist. Auch fehlen jegliche Anhaltspunkte für den Rechtscharakter der Einigung; eine entsprechende Regelung würde später viel Streit überflüssig machen.

Besonders zu begrüßen ist die Angleichung der Grundabtretung zu Schürfzwecken an das allgemeine Grundabtretungsrecht (§ 4 f.). Es bestehen bis auf den sachlich notwendigen Unterschied, daß das Grundstück für die Schürfarbeiten nicht erforderlich zu sein braucht, keine Abweichungen.

8) So schon bisher die herrschende Meinung, siehe oben § 19 II, S. 87 ff.

9) Isay, Entwurf, Erläuterungen zu §§ 47 - 64 Anm. 8, S. 103

10) Allerdings bestehen Bedenken, ob § 906 BGB und erst recht ein ähnlicher Grundsatz zwischen Bergbau und Grundbesitz ein Fall der Eigentumsbindung ist, da die Einwirkungen nicht als ein Essentiale des betroffenen Grundstücks anzusehen sind; meines Erachtens enthält § 906 BGB Gedanken, die mit dem Schikaneverbot vergleichbar sind.

Insgesamt enthält der Abschnitt Bergbau und Grundbesitz im Isay'schen Entwurf eine Fülle neuer Gedanken, die zu begrüßen sind; er enthält aber auch Mängel, die beseitigt werden müßten, wenn aus dem Entwurf ein Gesetz werden sollte.

§ 23. Ausblick und Entwurf des Grundabtretungsrechts eines neuen Berggesetzes

Die Ausführungen zum Rechtscharakter der Grundabtretung haben ergeben, daß die Grundabtretung eine Enteignung und keine Eigentumsbindung ist. ¹¹⁾

Dieses Ergebnis hat auch für ein künftiges Berggesetz besondere Bedeutung. Die Bestrebungen um eine Vereinheitlichung und Reformierung des Bergrechts haben bisher nicht nur zum Isay'schen Entwurf geführt, auch die Länder der Bundesrepublik arbeiten schon seit langem an einem neuen Berggesetz; diese Entwicklung ist jedoch noch im Fluß. Die Bestrebungen der Länder gehen dahin, das preußische ABG in revidierter Form als neues Bundesberggesetz bzw. als in allen Ländern gleichlautendes Landesberggesetz einzuführen. Es sollen also im wesentlichen (im Gegensatz zum Isay'schen Entwurf) die Grundsätze des ABG erhalten bleiben. ¹²⁾ Um diese Entwicklung zu fördern, sollen im folgenden unter Berücksichtigung der oben erarbeiteten Ergebnisse Anregungen für das Grundabtretungsrecht eines neuen Berggesetzes gegeben werden und abschließend in einem Entwurf zusammengefaßt werden.

Ein neues Berggesetz hat vom Enteignungscharakter der Grundabtretung auszugehen, ohne daß eine besondere Erwähnung im Gesetz nötig wäre, da sich der Enteignungscharakter nicht aus der speziellen Regelung im Gesetz ergibt, sondern aus dem allgemeinen Verhältnis zwischen Bergbau und Grundbesitz. Die Grundabtretung wird nämlich immer durch einen Einzelakt erfolgen, der nicht alle Grundbesitzer gleich trifft (bei Anwendung des materiellen Gleichheitsgebots), sondern nur einige. Der Eingriff wird nicht auf der wertbestimmenden Beschaffenheit des Grundbesitzes beruhen können, also nicht an ein Essentiale des Grundbesitzes anknüpfen können, das dessen objektiven Wert bestimmt. Die Grundabtretung wird vielmehr immer ihren Ursprung darin haben, daß der Bergbautreibende das Grundstück für den Bergbau benötigt, damit knüpft sie an Umstände an, die für den Grundbesitzer von außen kommen, also an akzidentelle Momente.

11) Im einzelnen siehe oben die Zusammenfassung § 17, S. 70 f.

12) Vgl. Oellrich in: ZfB 100, 248 ff.

Es ist selbstverständlich, daß die Grundabtretung in einem neuen Berggesetz ebenso wie im ABG den Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Enteignung (siehe Art. 14 III GG) genügen muß. Die Grundabtretung muß als Enteignung ihre Grundlage in dem neuen Berggesetz haben (Legalitäts-Klausel). Sie muß zum Wohle der Allgemeinheit erfolgen (Gemeinwohl-Klausel), ebenso wie es auch jetzt nach dem ABG der Fall ist; jedoch wird es zur Vermeidung von Unklarheiten zweckmäßig sein, die einzelnen Fallgruppen (Grundabtretung von Grundstücken, deren Nutzung im Privatinteresse liegt und deren Nutzung im öffentlichen Interesse liegt) schärfer zu trennen als bisher.¹³⁾ Außerdem muß das neue Berggesetz Art und Ausmaß der Entschädigung regeln (Junktim-Klausel). Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Diese grundgesetzliche Entschädigungs-Klausel stellt aber ein Minimum dar, eine gesetzliche Regelung kann darüber hinausgehen, wie zum Beispiel das ABG in § 137 mit der Verpflichtung zur vollständigen Entschädigung.¹⁴⁾ Schließlich muß für die Höhe der Entschädigung im Streitfall der Zivilrechtsweg offenstehen (Rechtsweg-Klausel).

Geht man den bisherigen Weg und unterstellt die Nachprüfung aller Verwaltungsakte der Bergbehörden (also auch die Verwaltungsakte im Grundabtretungsverfahren) den Verwaltungsgerichten, so bleibt wie bisher der Rechtsweg zweispurig. Das Bundesbaugesetz vom 23. 6. 1960 geht einen anderen Weg, es weist die gerichtliche Nachprüfung aller Entscheidungen der Enteignungsbehörde dem Landgericht zu, das neben der üblichen Besetzung noch zusätzlich mit zwei Richtern der Verwaltungsgerichte besetzt wird (siehe § 160 BBauG). Diese Regelung hat das Bundesverfassungsgericht als mit dem Grundgesetz vereinbar angesehen.¹⁵⁾ Eine ähnliche Regelung könnte man auch für alle Streitigkeiten auf dem Gebiet des Bergrechts einschließlich der Nachprüfung von allen Verwaltungsakten der Bergbehörden treffen¹⁶⁾ und zwei Richter der Verwaltungsgerichte zuziehen, die über besondere Kenntnisse auf dem Gebiet des Bergrechts verfügen. Am zweckmäßigsten sollten solche Bergrechtskammern nur bei einigen Landgerichten eingerichtet werden, etwa in der Weise, daß für einen Oberbergamtsbezirk nur das Landgericht

13) Vgl. oben § 16 II, S. 63 ff.

14) Vgl. oben § 16 III, S. 68 f., insbesondere auch die Literatur in Fußn. 143

15) Vgl. BVfGE 4, 387 ff. = NJW 1956, 625 ff. für das inzwischen aufgehobene BaulBeschG, das in § 35 die gleiche Bestimmung enthielt wie § 160 BBauG.

16) Im nachfolgenden Entwurf wurde diese Regelung nur für das Grundabtretungsverfahren eingeführt, da Rechtsmittelbestimmungen für alle bergrechtlichen Verwaltungsakte nicht zum Thema dieser Arbeit gehören.

zuständig wäre, in dessen Bezirk das Oberbergamt seinen Sitz hat. Gegen ein Urteil des Landgerichts in Bergrechtssachen sollte man lediglich Revision zulassen. Diese Abkürzung des Rechtsweges ist gerechtfertigt, da in der ersten Instanz fünf Richter statt sonst drei Richter beim Landgericht entscheiden. Außerdem hat vor dem gerichtlichen Verfahren das Oberbergamt bereits die Sach- und Rechtslage geprüft und eine Kollegialentscheidung erlassen¹⁷⁾; die Tatsachen sind also vor dem gerichtlichen Verfahren schon einmal von einer Verwaltungsbehörde festgestellt und rechtlich gewürdigt worden. Aus ähnlichen Gründen bestehen auch bei der Finanzgerichtsbarkeit nur zwei Instanzen und zwar ebenfalls nur eine gerichtliche Tatsacheninstanz.

Die Ausführungen zum Grundabtretungsakt und seiner Wirkung haben gezeigt, daß das erzwungene Benutzungsrecht durch einen privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt entsteht und das vereinbarte Benutzungsrecht durch eine gültliche Einigung; das entstandene Benutzungsrecht ist in beiden Fällen ein dem Bergrecht eigentümliches dingliches Privatrecht. Der Entstehungscharakter des erzwungenen und vereinbarten Benutzungsrechts ergibt sich aus der allgemeinen Wesensart dieser Rechtsinstitute und wird sich nicht ändern, wenn wenigstens die Grundprinzipien des ABG auch in ein neues Berggesetz übernommen werden; besondere gesetzliche Bestimmungen sind insoweit nicht erforderlich. Es wird lediglich zweckmäßig sein, deutlicher herauszustellen, daß die Rechtsfolgen des erzwungenen und vereinbarten Benutzungsrechts gleich sind. Voraussetzung dafür ist allerdings, daß man das Benutzungsrecht auch in einem neuen Berggesetz wie bisher als ein dingliches Recht ansieht; es wirkt dann absolut, also gegenüber jedermann, und ist nur in der vom Gesetz gewollten Form zulässig, es ist dann bei gültlicher Einigung selbst in Einzelheiten nicht von den Vertragspartnern abänderbar.

Die Dinglichkeit entnimmt man nach dem ABG aus dem Grundgedanken von Art. 22 ABGB; dieser Artikel geht nämlich von der stillschweigenden Voraussetzung aus, daß das Benutzungsrecht eine für den guten Glauben des Grundbuchs eintragungsbedürftige Tatsache und damit ein dingliches Recht ist, von dem dieser Artikel bezüglich des Eintragungserfordernisses eine Ausnahme macht. Art. 22 ABGB kann nicht auf ein neues Berggesetz angewandt werden. Ziffer 1 dieses Artikels spricht zwar allgemein vom Vorkaufsrecht in Verbindung mit einer Grundabtretung, Ziffer 2 nennt aber ausdrücklich nur die nach §§ 8, 142 ABG entstandenen Rechte. Art. 22 ist daher nur speziell für das ABG anwendbar, er gilt aber nicht allgemein für jedes

17) Siehe im einzelnen oben S. 84 Fußn. 55

künftige Berggesetz. Will man den bisherigen Rechtszustand, also die Dinglichkeit und die Erhaltung des Benutzungsrechts gegenüber Rechtsnachfolgern ohne grundbuchliche Eintragung aufrechterhalten, so muß das neue Berggesetz eine entsprechende Vorschrift enthalten.¹⁸⁾ Die Dinglichkeit des Benutzungsrechts sollte auch in einem neuen Berggesetz beibehalten werden; sie wird dem Benutzungsrecht infolge ihres absoluten Charakters besser gerecht als ein schuldrechtliches Verhältnis. Es wird allerdings nicht zweckmäßig sein, das Benutzungsrecht weiterhin von der sonst für dingliche Rechte an Grundstücken erforderlichen grundbuchlichen Eintragung freizustellen. Es besteht zwar zwischen dem Benutzungsrecht und den sonstigen dinglichen Rechten ein großer Unterschied. Das Benutzungsrecht kann bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen immer verlangt werden; es wird auch nicht frei gehandelt, wie es bei anderen dinglichen Rechten üblich ist. Das Benutzungsrecht entsteht normalerweise durch Zwang, während ähnliche dingliche Rechte in der Regel auf einem Rechtsgeschäft beruhen. Man könnte daher die Eintragung ebenso für überflüssig halten wie zum Beispiel für öffentliche Lasten, die sich unmittelbar aus dem Gesetz ergeben (siehe § 54 GBO). Diese Parallele kann aber meines Erachtens nicht gezogen werden. Bei den öffentlichen Lasten handelt es sich um hoheitliche Ansprüche des Staates, von denen jeder Grundeigentümer mehr oder minder gleichmäßig betroffen wird, die Grundabtretung schafft aber ein Privatrecht, das nur einige Grundbesitzer tatsächlich trifft. Aus diesen Gründen und besonders im Interesse der Rechtssicherheit dürfte daher eine grundbuchliche Eintragung eines einmal erzwungenen bzw. vereinbarten (also realisierten) Benutzungsrechts zweckmäßig sein.

Infolge der grundbuchlichen Eintragung werden weitere Bestimmungen über die Voraussetzungen der Eintragung bei gütlicher Einigung und beim Zwangsverfahren erforderlich. Für die Grundbucheintragung empfiehlt sich, die Bestimmungen über die Grunddienstbarkeit entsprechend anzuwenden, obwohl das Benutzungsrecht nicht subjektiv-dinglich ist; würde man aber das Benutzungsrecht der ihm eher verwandten beschränkten persönlichen Dienstbarkeit gleichstellen, so würde für die meisten Bestimmungen eine doppelte Verweisung vorliegen (siehe § 1090 II BGB). Auch dürfte es zweckmäßig sein, für den schuldrechtlichen Vertrag, der zum vereinbarten Benutzungs-

18) Beim Bergschadensrecht gilt möglicherweise das gleiche, wenn das neue Berggesetz ein Bundesgesetz wird, da Art. 67 EGBGB nur für die landesrechtlichen Vorschriften auf dem Gebiet des Bergrechts auf Art. 52 und 53 EGBGB verweist.

recht führt, die Schriftform einzuführen und den Inhalt des Vertrages in seinen wichtigsten Punkten gesetzlich festzulegen. Die Gleichstellung mit der Grunddienstbarkeit hat zur Folge, daß nur Grundstücke oder grundstücksgleiche Rechte mit dem Benutzungsrecht belastet werden können; für sonstige dingliche Rechte und schuldrechtliche Ansprüche, die dem Betrieb des Bergbaues entgegenstehen, bedarf es daher einer Sonderregelung.

Ebenso wie das Benutzungsrecht müßte auch das Vorkaufsrecht des früheren Eigentümers (§ 141 ABG) im Grundbuch eingetragen werden. Infolge dieser Regelung würde für das durch Grundabtretung entstandene Eigentum gegenüber dem sonstigen Grundeigentum kein Unterschied mehr bestehen. Es dürfte aber zweckmäßig sein, das Vorkaufsrecht auf alle Fälle der Grundabtretung zu Eigentum auszudehnen und auch dem Bergbauunternehmer ein Vorkaufsrecht zu geben, wenn ihm nur das Benutzungsrecht zusteht.

Die Übertragung aller Benutzungsrechte und Grundstücke von einem Bergwerkeigentümer auf den anderen bzw. vom Bergbauunternehmer auf den Bergwerkseigentümer oder einen anderen Bergbauunternehmer sollte in einfacher und zweckmäßiger Weise durch Gesamtrechtsnachfolge zulässig sein und zwar in der Weise, daß das Grundbuch nur zu berichtigen ist (also unmittelbarer Eigentumsübergang). Der Vertrag müßte dann aber wohl gerichtlich oder notariell beurkundet werden.

Die Ausführungen über die erzwungene Grundabtretung zu Eigentum haben ergeben, daß diese Grundabtretung ebenso wie das erzwungene Benutzungsrecht durch einen privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt erfolgt; insoweit sind positive Gesetzesbestimmungen ebensowenig erforderlich wie beim Benutzungsrecht. Dafür verdienen einige Einzelheiten besondere Beachtung. Unklar und streitig war bisher, ob der Beschluß über die Grundabtretung zu Eigentum die Auflassung ersetzt; erforderlich ist daher, daß ein neues Berggesetz diese Ersetzung der Auflassung ausdrücklich enthält. Außerdem müßte ein neues Berggesetz eine klare Entscheidung darüber treffen, welche Wirkung der Beschluß hat. Man könnte die bisherige Regelung des derivativen Erwerbs mit der Folge, daß alle nicht berührten Rechte Dritter bestehen bleiben, beibehalten und das Eigentum unmittelbar durch den Beschluß übergehen lassen, so daß nur Grundbuchberichtigung erforderlich wäre. Wird derivativer Eigentumserwerb beibehalten, so ist es zweckmäßig, die Ausübung eines auf dem Grundstück zu Gunsten Dritter bestehenden Vorkaufsrechts auszuschließen, das gleiche entnimmt zwar die herrschende Meinung ohne besondere Gesetzesbestimmung aus dem Charakter der Grundabtretung als Verwaltungsakt, eine positive Bestimmung würde aber weiteren Streit hierüber beseitigen.

Die gütliche Einigung über die Grundabtretung zu Eigentum erfolgt nach heutigem Recht nach den Regeln des Kaufvertrages. Formerleichterungen wie im übrigen Enteignungsrecht (siehe § 26 EntG) gibt es nicht. In einem neuen Berggesetz sollte die Entstehung einer vereinbarten Grundabtretung zu Eigentum dadurch erleichtert werden, daß die Niederschrift über eine im Verfahren erzielte Einigung der Beteiligten der Wirkung einer gerichtlichen oder notariellen Urkunde gleichgestellt wird. Man sollte aber auch noch einen Schritt weitergehen und den die Grundabtretung durchführenden Beamten das Recht geben, die Auflassung zu beurkunden. Für das vereinbarte Benutzungsrecht könnte man eine ähnliche Regelung treffen.

Auch sollte man mehr als bisher die gütliche Einigung sowohl beim Benutzungsrecht als auch bei der Grundabtretung zu Eigentum in den Vordergrund stellen und die Pflicht aller Beteiligten zur gütlichen Einigung besonders hervorheben. Dieser Pflicht könnte durch eine geeignete Verteilung der Kosten des Grundabtretungsverfahrens mehr Nachdruck verliehen werden.

Die Bestimmungen des Gesetzes über ein vereinfachtes Enteignungsverfahren sollten, soweit sie die Grundabtretung betreffen, in ein neues Berggesetz in abgeänderter Form aufgenommen werden. Den Bedürfnissen der Praxis würde genügen, wenn dem Bergbauunternehmer die Benutzung des Grundstückes gegen Sicherheitsleistung vorläufig gestattet werden könnte.

Die Grundabtretung zu Schürfzwecken sollte ebenso geregelt werden wie die Grundabtretung zum Betrieb des Bergbaues; da gerade die Grundabtretung zu Schürfzwecken eilbedürftig sein kann, dürfte lediglich eine Ausnahme zweckmäßig sein, und zwar sollte die vorläufige Gestattung der Benutzung gegen Sicherheitsleistung noch einfacher geregelt werden als bei der Grundabtretung für den Betrieb des Bergbaues.

In der Hoffnung, daß die oben herausgearbeiteten Gesichtspunkte wenigstens teilweise in einem neuen Berggesetz berücksichtigt werden, sind die nachfolgenden Paragraphen des Grundabtretungsrechts eines neuen Berggesetzes entworfen worden. Der folgende Entwurf lehnt sich an die bisherige Regelung in §§ 135 ff. ABG an und setzt bewußt den Akzent auf die gütliche Einigung und auf die Eintragung des Benutzungsrechts ins Grundbuch, da gerade diese beiden Punkte bei der bisherigen Diskussion über ein neues Berggesetz vernachlässigt worden sind; außerdem werden die von Isay in seinem Entwurf herausgearbeiteten Gesichtspunkte berücksichtigt, soweit ihnen zugestimmt worden ist.

Die Grundabtretung

§ 1

(1) Ist für den Betrieb des Bergbaues, insbesondere für die Förderung, die Aufbereitung, den Absatz, die Verwaltung und die wohnungsmäßige Unterbringung der Belegschaft die Benutzung eines fremden Grundstückes notwendig, so hat der Grundeigentümer das Grundstück an den Bergbauunternehmer zur Benutzung abzutreten.

(2) Richtet sich die Grundabtretung gegen ein landwirtschaftlich, forstwirtschaftlich oder ähnlich genutztes Grundstück, so wird unwiderlegbar vermutet, daß der Bergbau ausschließlich Privatinteressen verdrängt; richtet sich die Grundabtretung gegen ein Grundstück, das selbst dem Wohle der Allgemeinheit dient, so kann sie nur verlangt werden, wenn auf seiten des Bergbaues das Wohl der Allgemeinheit überwiegt. Bei der Grundabtretung von bebauten Grundstücken einschließlich des dazugehörigen Hofraumes hat die für den Bergbau zuständige oberste Landesbehörde festzustellen, ob das überwiegende Wohl der Allgemeinheit auf seiten des Bergbaues liegt. Diese Entscheidung erfolgt nur auf Antrag des Bergbauunternehmers, wenn sie vom Grundeigentümer im Rahmen der gütlichen Einigung oder des Zwangsverfahrens verlangt wird.

§ 2

(1) Der Bergbauunternehmer hat dem Grundeigentümer für die entzogene Nutzung jährlich im voraus vollständige Entschädigung zu leisten.

(2) Die Werterhöhungen, die das Grundstück erst infolge der bergbaulichen Anlagen erhält, sind bei der Bemessung der Entschädigung nicht zu berücksichtigen.

§ 3

(1) Der Bergbauunternehmer hat, wenn die Benutzung des Grundstückes nicht mehr notwendig ist, das Benutzungsrecht aufzugeben und das Grundstück möglichst nach Herstellung des früheren Zustandes zurückzugeben. Besteht bei der Rückgabe des Grundstückes ein Minderwert, so hat ihn der Bergbauunternehmer in Geld auszugleichen.

(2) Für die Erfüllung der Verpflichtung nach Absatz 1 kann der Grundeigentümer schon bei Abtretung des Grundstücks vom Bergbauunternehmer angemessene Sicherheitsleistung verlangen. Im einzelnen gelten die §§ 108 ff. ZPO entsprechend.

§ 4

Der Bergbauunternehmer hat auf Verlangen des Grundeigentümers das Eigentum an dem Grundstück zu erwerben,

1. wenn bei der Rückgabe eines zur Benutzung in Anspruch genommenen Grundstücks ein Minderwert besteht;
2. wenn das Benutzungsrecht drei Jahre lang besteht;
3. wenn bei der Abtretung zu erwarten ist, daß die Benutzung länger als drei Jahre dauern wird;
4. wenn ein bebautes Grundstück einschließlich des dazugehörigen eingefriedeten Hofraumes abzutreten ist.

§ 5

Der Grundeigentümer hat auf Verlangen des Bergbauunternehmers diesem das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen, wenn ein bebautes Grundstück einschließlich des dazugehörigen eingefriedeten Hofraumes abzutreten oder bereits abgetreten ist.

§ 6

Wird ein Grundstück oder eine Grundstücksgruppe, die eine wirtschaftliche Einheit bildet, durch die Abtretung einzelner Teile so zerstückelt, daß die übrigbleibenden Teile nicht mehr zweckmäßig genutzt werden können, so kann der Grundeigentümer verlangen, daß das Benutzungsrecht auch auf die übrigbleibenden Teile erstreckt wird. Unter derselben Voraussetzung kann der Grundeigentümer in den Fällen des § 4 verlangen, daß der Bergbauunternehmer das Eigentum des ganzen Grundstücks bzw. der ganzen Grundstücksgruppe erwirbt.

§ 7

(1) Der Bergbauunternehmer kann bei der Abtretung des Grundstücks zur Benutzung vom Grundeigentümer die Einräumung eines Vorkaufsrechts verlangen.

(2) Der Grundeigentümer kann sich bei Erwerb des Eigentums am Grundstück durch den Bergbauunternehmer gemäß §§ 4 und 5 ein Vorkaufsrecht für sich und seine Erben vorbehalten.

(3) Das Vorkaufsrecht richtet sich nach den §§ 1094 ff. BGB, es bedarf der Eintragung ins Grundbuch.

§ 8

(1) Das Recht zur Benutzung eines fremden Grundstücks entsteht durch Einigung zwischen dem Bergbauunternehmer und dem Grundeigentümer und nachfolgende Eintragung ins Grundbuch. Aus der Grundbucheintragung müssen der Umfang des Benutzungsrechts und die Höhe bzw. die Berechnungsgrundlage der Entschädigung hervorgehen.

(2) Für die Grundbucheintragung und ihre Voraussetzungen gelten die Bestimmungen über Grunddienstbarkeiten entsprechend.

(3) Der Erwerb des Eigentums an einem Grundstück erfolgt nach den allgemeinen Bestimmungen.

§ 9

(1) Der Vertrag, durch den sich der Grundeigentümer gegenüber dem Bergbauunternehmer verpflichtet, das Benutzungsrecht einzuräumen, bedarf der Schriftform.

(2) Der Vertrag muß den Umfang des Benutzungsrechts, die Höhe bzw. die Berechnungsgrundlage der Entschädigung und die Angabe enthalten, ob die nach diesem Abschnitt zulässigen Ansprüche erhoben und dem Vertragspartner eingeräumt worden sind. Die spätere Geltendmachung eines nicht erhobenen Anspruchs ist bis auf die Fälle von § 4 Ziffern 1 und 2 und § 5 ausgeschlossen.

§ 10

(1) Das Benutzungsrecht kann an einen anderen Bergbauunternehmer abgetreten werden, wenn bei ihm die Voraussetzungen von § 1 vorliegen. Für die Grundbucheintragung gilt § 8.

(2) Wird ein Grundstück an einen Bergbauunternehmer veräußert, so ist die Ausübung eines Vorkaufsrechts mit Ausnahme des Falles von § 7 Absatz 1 ausgeschlossen, wenn beim Erwerber die Voraussetzungen von § 1 vorliegen.

§ 11

Veräußert der Bergwerkseigentümer sein Bergwerkseigentum oder endet die Berechtigung des Bergbauunternehmers zum Betrieb des Bergbaues, so kann der neue Rechtsinhaber alle bestehenden Benutzungsrechte und das Eigentum an den Grundstücken, die nach § 1 für den Betrieb des Bergbaues notwendig sind, in ihrer Gesamtheit durch Vertrag übernehmen. Der Übernahmevertrag ist gerichtlich oder notariell zu beurkunden; durch ihn gehen die Benutzungsrechte und das Eigentum an den Grundstücken unmittelbar über, das Grundbuch ist lediglich zu berichtigen.

§ 12

(1) Steht dem Betrieb des Bergbaues nicht das Grundeigentum, sondern ein sonstiges dingliches Recht, das mit einer Grunddienstbarkeit belastet werden kann, entgegen, so gelten die obigen Bestimmungen entsprechend.

(2) Stehen sonstige dingliche Rechte oder schuldrechtliche Ansprüche dem Betrieb des Bergbaues entgegen, so kann nur eine Aufhebung des entgegenstehenden Rechts bzw. Anspruchs erfolgen, im übrigen gelten die obigen Bestimmungen entsprechend.

(3) Ein Dritter, dessen Recht am Grundstück oder Anspruch auf das Grundstück durch die Grundabtretung (Benutzungsrecht und Grundabtretung zu Eigentum) nicht berührt wird, kann jederzeit vom Bergbauunternehmer die Ablösung seines Rechts oder Anspruchs verlangen.

§ 13

Der Grundeigentümer, die ihm nach § 12 Gleichgestellten und auch der Bergbauunternehmer sind verpflichtet, auf gütlichem Wege alle in diesem Abschnitt enthaltenen Ansprüche dem Anspruchsgegner einzuräumen.

§ 14

Erfolgt unter den Beteiligten keine Einigung nach § 13, so entscheidet über die einzelnen Ansprüche, insbesondere über den Umfang der Grundabtretung und die Höhe der Entschädigung, das Oberbergamt im Einvernehmen mit der mittleren Verwaltungsbehörde. Einigen sich die Beteiligten teilweise, so ist über die noch streitigen Punkte zu entscheiden.

§ 15

(1) Vor der Entscheidung hat zwischen den Beteiligten ein Erörterungstermin an Ort und Stelle stattzufinden. Der Termin wird von einem Vertreter des Oberbergamtes abgehalten, ein Vertreter der mittleren Verwaltungsbehörde kann an dem Termin teilnehmen.

(2) In dem Termin ist wenigstens ein vom Oberbergamt bestimmter Sachverständiger zu hören. Jeder Beteiligte hat innerhalb einer vom Oberbergamt gesetzten Frist das Recht, einen Sachverständigen vorzuschlagen; das Oberbergamt soll nur dann einen vorgeschlagenen Sachverständigen nicht hören, wenn er ungeeignet ist.

(3) In dem Termin ist eine gütliche Einigung zu versuchen. Erfolgt keine Einigung, so schließt der Termin mit der Stellung der Anträge der Beteiligten. Für den Inhalt der Anträge und ihre Wirkung gilt § 9 Absatz 2.

§ 16

Einigen sich die Beteiligten in dem Termin, so ersetzt die Verhandlungsniederschrift die gerichtliche oder notarielle Beurkundung und die in § 9 Absatz 1 bestimmte Schriftform. In der Verhandlungsniederschrift können auf Antrag eines Beteiligten auch alle weiteren Voraussetzungen für die Grundbucheintragung, insbesondere die Auflassung und die Eintragungsbewilligung, beurkundet werden.

§ 17

(1) Mit Rechtskraft des Beschlusses nach § 14 entstehen das Benutzungsrecht und das Vorkaufsrecht unmittelbar, auch das Eigentum geht unmittelbar über, das Grundbuch ist lediglich zu berichtigen.

(2) Alle in dem Beschluß nicht ausdrücklich aufgehobenen Rechte und Ansprüche Dritter bleiben unberührt.

(3) Im übrigen sind die durch Zwangsverfahren und durch gütliche Einigung entstandenen Rechte gleich.

§ 18

Bedarf die Grundabtretung aus Gründen des Wohles der Allgemeinheit einer besonderen Beschleunigung, was auf Antrag des Bergbauunternehmers die für den Bergbau zuständige oberste Landesbehörde festzustellen hat, so kann das Oberbergamt im Einvernehmen mit der mittleren Verwaltungsbehörde nach

einem Erörterungstermin an Ort und Stelle, in dem keine Sachverständigen gehört werden müssen, dem Bergbauunternehmer die Benutzung des Grundstücks gegen angemessene Sicherheitsleistung vorläufig gestatten.

§ 19

(1) Für alle öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Streitigkeiten über die Grundabtretung ist der Zivilrechtsweg gegeben.

(2) Streitigkeiten über die Grundabtretung im Sinne von Absatz 1 sind Streitigkeiten über die Entscheidungen des Oberbergamts und der obersten Landesbehörde, Streitigkeiten der im Verfahren Beteiligten untereinander und Streitigkeiten eines Beteiligten gegenüber einem Dritten.

(3) Sachlich zuständig ist für alle Streitigkeiten über die Grundabtretung das Landgericht, Kammer für Bergrechtssachen. Örtlich zuständig ist das Landgericht, in dessen Bezirk das Oberbergamt, das für die Grundabtretung zuständig ist, seinen Sitz hat.

(4) Das Landgericht entscheidet in der Besetzung mit drei Richtern des Landgerichts einschließlich des Vorsitzenden und zwei hauptamtlichen Richtern der Verwaltungsgerichte, die über besondere Kenntnisse auf dem Gebiet des Bergrechts verfügen sollen. Die Richter der Verwaltungsgerichte und die für den Fall ihrer Verhinderung erforderlichen Vertreter werden von der für die Verwaltungsgerichtsbarkeit zuständigen obersten Landesbehörde auf die Dauer von drei Jahren bestellt.

(5) Gegen das Urteil des Landgerichts findet unter den Voraussetzungen der §§ 545 ff. ZPO Revision statt, über die der Bundesgerichtshof entscheidet.

(6) Richtet sich die Klage gegen eine Entscheidung des Oberbergamts oder der obersten Landesbehörde, so ist die Klage binnen eines Monats nach Zustellung der mit einer Rechtsmittelbelehrung versehenen Entscheidung an das Oberbergamt bzw. die oberste Landesbehörde zu richten, die die Klage mit den Akten unverzüglich an das zuständige Landgericht weiterzuleiten haben.

§ 20

(1) Die Kosten des Grundabtretungsverfahrens und der Rechtsmittel hat der unterliegende Beteiligte zu tragen, soweit sich aus den folgenden Absätzen nicht etwas anderes ergibt.

(2) Einigen sich die Beteiligten über die Grundabtretung vor dem Erörterungstermin, so hat der Bergbauunternehmer etwaige Kosten zu tragen. Erfolgt

die Einigung im Erörterungstermin, so haben alle Beteiligten den gleichen Kostenanteil zu tragen.

(3) Die Gebühren für die Grundbucheintragung hat in jedem Fall der Bergbauunternehmer zu tragen.

(4) Die Beteiligten können eine andere Kostenverteilung vereinbaren. Im Falle des Absatzes 2 Satz 2 können die Beteiligten die Entscheidung über die Kosten dem Oberbergamt überlassen, das die Kosten nach billigem Ermessen aufzuteilen hat.

In dem Abschnitt über das Schürfen ist an geeigneter Stelle folgende Bestimmung einzufügen:

(1) Werden für Schürfarbeiten fremde Grundstücke benötigt, so ist der Grundeigentümer verpflichtet, das Grundstück an den Schürfer abzutreten.

(2) Im einzelnen gelten die Bestimmungen für die Grundabtretung zum Betrieb des Bergbaues mit Ausnahme der §§ 1 Absatz 1 und 18 entsprechend.

(3) Das Oberbergamt kann nach einem Erörterungstermin an Ort und Stelle unter Abwägung der Interessen der Beteiligten dem Schürfer die vorläufige Benutzung des Grundstücks gegen angemessene Sicherheitsleistung gestatten, wenn die Grundabtretung einer besonderen Beschleunigung bedarf. Auf Antrag des Schürfers kann bei besonders leichten Eingriffen in das Grundeigentum von einem Erörterungstermin abgesehen werden.

Lebenslauf

Am 18. März 1932 wurde ich als Sohn des Steueramtmanns Robert Weiß und seiner Ehefrau Klara, geb. Völkel, in Hagen/Westf. geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach vier Grundschuljahren in Herdecke und Hagen besuchte ich neun Jahre die höhere Schule. Am 21. März 1952 bestand ich am Städtischen Gymnasium Hagen (neusprachliche und mathematisch-naturwissenschaftliche Form) die Reifeprüfung.

Im Mai 1952 begann ich das Studium der Rechts- und Staatswissenschaften an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn und setzte es nach drei Semestern an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster fort. Nach einem Studium von sieben Semestern legte ich am 21. Januar 1956 vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung ab.

Meine Referendarzeit verbrachte ich im Bezirk des Oberlandesgerichts Hamm. Nebenbei war ich für drei Semester Gasthörer an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf bestand ich am 29. April 1960 die zweite juristische Staatsprüfung.

Seit Juni 1961 bin ich als Finanzassessor bei der Finanzverwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen tätig.

